

الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية

ا.د. محمود علي السرطاوي




رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



الضوابط المعيارية
لصيغ الاستثمار في
المؤسسات المالية الإسلامية

273.97

ا.د. محمود علي السرطاوي

الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الاسلامية

عمان - دار الفكر ناشرون وموزعون 2015

ر.أ.: 427/1/2014

الواصفات: الاستثمار / /المؤسسات المالية / /الاسلام

* أعدت دائرة المكتبة الوطنية بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية

* يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

الطبعة الأولى، 2015 - 1436

دار الفكر ناشرون وموزعون

www.daralfiker.com

المملكة الأردنية الهاشمية - عمّان

ساحة الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري

هاتف: 4621938 6 962+ فاكس: 4654761 6 962+

ص.ب: 183520 عمان 11118 الأردن

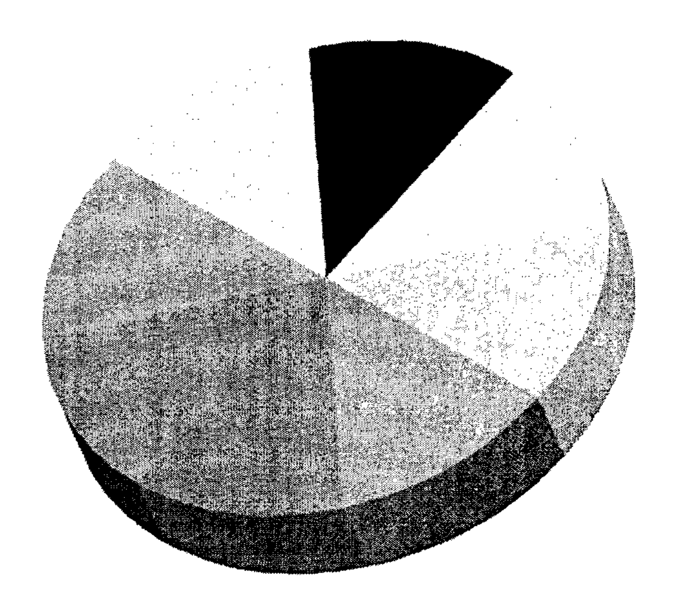
بريد الكتروني: info@daralfiker.com

بريد المبيعات: sales@daralfiker.com

ISBN: 978-9957-07-077-7



الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية



ا.د. محمود علي السرطاوي

الطبعة الأولى
1436-2015





الفهرس

المقدمة

الحمد لله، بفضله تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، بهديه أنار الظلمات وبالتّرضي على آله وصحبه تعم البركات وبعد:

فإن فيضاً من النور الإلهي يضيء القلوب والدروب بدأت تجلياته على الأمة وما الرّدة إلى الإسلام بعد غربة طويلة عنه إلا أثر لهذا النور، يلحظه البصير في جوانب الحياة كلها، في المعاهد والمساجد، في المال والاقتصاد، في السياسة والاجتماع، فالمشروع الحضاري الإسلامي على ألسنة الشباب والمثقفين، ومقارنة بسيطة بين أواخر القرن الماضي وأول هذا القرن تكشف هذه التجليات الربانية، فبعد أن كان العلماء ورجال الفكر الإسلامي يقفون موقف الدفاع عن الإسلام ورد الشبهات التي يثيرها المشككون أو الجاهلون بحقيقة الإسلام أضحى هؤلاء يرسمون معالم المشروع الحضاري الإسلامي في كل الميادين.

ومن المشاريع الحضارية التي أضحت حقيقة واقعية فاستوت على سوقها واشتد ساعدها المصرفية الإسلامية أحد أعمدة الاقتصاد الإسلامي، فقد سجلت نجاحات باهرة شهد لها العدو قبل الصديق، وفرض النجاح نفسه فأفردت لها في الدول الاسلامية مؤسساتها التي تقوم على أسس اسلامية وقواعد الفقه الاسلامي، وسمحت دول أجنبية بانتقال التجربة إلى أراضيها بعد أن أثبتت قدرتها على الوقوف في وجه الزلزال المالي الذي أصاب المؤسسات الاقتصادية والمالية.

لقد استوجب قيام المصرفية الإسلامية وجود هيئات شرعية تعد الدراسات اللازمة وأسهمت المجامع الفقهية بقدر كبير في رفد مسيرتها بالآراء وبيان الأحكام الشرعية في النوازل المستجدة، وتأسست معاهد التدريب والأقسام العلمية المتخصصة التي تمنح الدرجات العلمية من الدبلوم المتوسط إلى الدكتوراه في العلوم المالية والمصرفية والاقتصاد الإسلامي.

ومن المؤسسات التي تستحق الشكر والتقدير على أعمالها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية التي تأسست سنة 1991م وأصدرت ما يقارب ستين معياراً شرعياً تشكل المرجعية لهيئات الرقابة الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية بغية توحيد الأطر العامة للفتاوى الشرعية، وقد جاءت هذه المعايير على شكل مواد قانونية في التنظيم والصياغة ووضع معها المستند الشرعي للأحكام التي قد يرد على مستندها الشرعي سؤال أو اشكال، وهي كالأسباب الموجبة في الصياغة القانونية، وهو عمل وجهد مشكور قام به المجلس الشرعي المنبثق عن الهيئة أدعو الله تعالى أن يثيب القائمين عليه.

ولما كانت هذه النصوص القانونية الصياغة في حاجة إلى بيان التأصيل الشرعي والآراء الفقهية التي أخذت من معينها حتى يتضح للدارس وطالب العلم المرجعية الفقهية لتلك الأحكام التي تضمنتها النصوص فقد استعنت بالله للقيام بهذه المهمة، وتضمن هذا الكتاب عدداً من المعايير المقررة على طلبة الدكتوراه في مادة صيغ الاستثمار الإسلامية، وهي المعايير الأكثر تطبيقاً في المؤسسات والبنوك الإسلامية وهي:

معيار الصرف والمتاجرة بالعملات، والمرابحة المركبة، والسلم، والاستصناع والاستصناع الموازي والإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، وخطابات الضمان، وبطاقات الإئتمان، والأوراق المالية، والأوراق التجارية، والتأمين التكافلي، وإعادة التأمين، وأضفت إليها وقف النقود والصكوك والأسهم وضوابط الفتوى في المؤسسات المالية الإسلامية والحوكمة للمؤسسات المالية الإسلامية وعلاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية، وجعلت كل موضوع في فصل فكانت خمسة عشر فصلاً، وتسهيلاً على القارئ جعلت مراجع كل فصل في نهايته وذلك لاختلاف المراجع في كل فصل عن مراجع الفصل الآخر في الغالب.

هذا وإني أسطر للجامعة الأردنية الشكر والتقدير على خطوتها الرائدة بتأسيس قسم الصيرفة الإسلامية في كلية الشريعة وهو حلم طالما عملت لتحقيقه في الفترة التي كنت فيها عميداً لكلية الشريعة وها هو قد تحقق بعزيمة وعمل دؤوف من عمداء كلية الشريعة فجزاهم الله كل خير.

وفي هذا المقام اسجل للبنك الإسلامي الأردني رائد العمل المصرفي الأردني تأسيساً وتطبيقاً والتزاماً بأحكام الشريعة الإسلامية لمساعدته طلبة الدراسات العليا الذين يسطرون رسائلهم في المصرفية الإسلامية فيما يحتاجون إليه من مصادر المعرفة في المصرفية الإسلامية والنماذج التطبيقية وعلى فتح فروعه لتدريبهم وتبرعه للمتفوقين منهم فجزى الله تعالى القائمين عليه أحسن الجزاء وأبره.

وأخيراً فإني أدعو الله تعالى أن يكتب للمشروع الحضاري الإسلامي في جوانبه الاجتماعية والسياسية والاقتصادية أن يكتمل بنيانه وأن نراه واقعاً معاشاً تتفيء الأمة في ظلاله وتقطف ثماره حرية وعدالة ومساواة وكرامة ورحمة وإحساناً وتعاوناً على الخير وتكافلاً بين الناس، فلا الفقر يظلهم ولا الظلم يقهرهم ولا الجهل يفرقهم.

﴿وَيَقُولُونَ مَتَىٰ هُوَ قُلْ عَسَىٰٓ أَن يَكُونَ قَرِيبًا﴾ [1] والحمد لله رب العالمين.

---

(1) سورة الإسراء: 51

الفصل الأول

معيـــار الصرف

- المبحث الأول: تعريف الصرف ومشروعيته وحكمة مشروعيته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف الصرف

المطلب الثاني: مشروعية عقد الصرف وحكمة مشروعيته

- المبحث الثاني: تعريف النقود و نشأتها ووظائفها وحكم كنزها وأهم أسباب تغير قيمتها والفرق بين الصرف والمتاجرة بالعملات و فيه ستة مطالب:

المطلب الأول: تعريف النقود

المطلب الثاني: نشأة النقود

المطلب الثالث: وظائف النقود

المطلب الرابع: أهم أسباب تغير قيمة النقود

المطلب الخامس: كنز النقود و حكمه

المطلب السادس: الفرق بين الصرف و المتاجرة بالعملات

- المبحث الثالث : مقومات عقد الصرف وشروطه و فيه مطلبان :

المطلب الأول : مقومات عقد الصرف

المطلب الثاني : شروط عقد الصرف

- المبحث الرابع : المواعدة في الصرف و الشراء و البيع الموازي للعملات وفيه مطلبان:

المطلب الأول : المواعدة في الصرف

المطلب الثاني : البيع و الشراء الموازي للعملات

المبحث الأول: تعريف الصرف و مشروعيته و حكمة مشروعيته :

1- المطلب الأول : تعريف الصرف :

الصرف في اللغة: يأتي في اللغة على عدة معان منها:

ردّ الشيء عن وجهه ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ ٱنصَرَفُوا۟ صَرَفَ ٱللَّهُ قُلُوبَهُم﴾ (1) أي رجعوا عن المكان الذي استمعوا فيه (2).

ومنها: التبديل وتحويل الشيء عن وجهه ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَصْرِيفِ ٱلرِّيَٰحِ وَٱلسَّحَابِ ٱلْمُسَخَّرِ بَيْنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴿١٦٤﴾﴾ (3) أي تحويلها وتبديلها.

ومنها: التقلب والحيلة ومنه قولهم: (لا يقبل له صَرْفٌ ولا عَدْل) أي لا يقبل منه حيلة ولا فداء.

ومنها: الميل والعَدْل عن الأمر ومنه قوله تعالى: ﴿فَظَنُّوٓا۟ أَنَّهُم مُّوَاقِعُوهَا وَلَمْ يَجِدُوا۟ عَنْهَا مَصْرِفًا ﴿٥٣﴾﴾ (4) أي مَعْدِلا.

ومنها: فضل الدرهم على الدرهم والدينار على الدينار، والمراد بالفضل الزيادة الحاصلة في الجودة ومنه سمي التطوع من العبادات صرفاً، لأنه زائد على الفريضة.

والصرف بيع الذهب بالفضة. يقال: صرفت الدراهم بالدنانير، وبين الدرهمين صَرْف أي فضل لجودة فضة أحدهما (5).

الصرف في الاصطلاح عند الفقهاء:

عرف الحنفية عقد الصرف بأنه: بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس أو بغير جنس (6).

وعرفه المالكية بأنه: بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بالفلوس (7).

فالمالكية جعلوا عقد الصرف خاصاً ببيع النقد بالنقد مع اختلاف الجنس، أما بيع النقد

---

(1) التوبة:127.

(2) ابن منظور، لسان العرب 189/9 مادة صرف.

(3) البقرة: 164.

(4) الكهف: 53.

(5) ابن منظور: لسان العرب 189/9-193 مادة صرف، والمعجم الوسيط 515/1 مادة صرف، والرازي: مختار الصحاح 362.

(6) السرخسي: المبسوط 14/3.

(7) العدوي: الحاشية على مختصر خليل 135/2، والإمام مالك: المدونة الكبرى 156/6.

بمثله أي مع اتحاد الجنس كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة إن كان البيع بالوزن فتسمى مراطلة [8] وإن كان بالعدد فتسمى المبادلة.

وعرفه الشافعية بأنه: بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره [9].

وعرفه الحنابلة بأنه: بيع نقد بنقد اتحد الجنس أو اختلف [10].

وجاء في الموسوعة الفقهية أن الصرف هو بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس أو بغير جنس فيشمل بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة كما يشمل بيع الذهب بالفضة والمراد بالثمن ما خلق للثمنية فيدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد [11].

قال الماوردي: إنما سمّي الصرف صرفاً لصرف حكمه عن أكثر أحكام البيع، وقيل بل سمي صرفاً لأن الشرع قد أوجب على كل واحد منهما مصارفة صاحبه أي مضايقته [12].

2- المطلب الثاني : مشروعية عقد الصرف وحكمة مشروعيته :

الصرف نوع من أنواع البيوع إلا أنه يختص بنوع من الأموال وهي النقود أو الأثمان من ذهب أو فضة وله شروط خاصة نوضحها فيما سيأتي.

وقد ثبتت مشروعية عقد الصرف بالأدلة العامة الدالة على مشروعية البيوع، منها قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوٰا﴾ [13] وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِالْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [14]

فالآيتان الكريمتان تدلان على مشروعية البيوع، والصرف نوع منها إذا توافرت شروطه.

ومن الأدلة على مشروعيته من السنة قوله ﷺ (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء والفضة بالفضة إلا سواء بسواء وبيعوا الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئتم) [15].

وقوله ﷺ (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواءً بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد) [16]

---

(8) الرطل: وحدة قياس للأوزان.

(9) الشربيني: مغني المحتاج 35/2.

(10) البهوتي: كشاف القناع: 1495/5 وابن قدامة: المغني 387/6.

(11) وزارة الأوقاف بالكويت/ الموسوعة الفقهية 348/26.

(12) الماوردي: الحاوي الكبير 146/5.

(13) البقرة: 275.

(14) النساء: 29.

(15) البخاري: صحيح البخاري بشرح فتح الباري379/4.

(16) مسلم: صحيح مسلم بشرح النووي 13/11

وقوله ﷺ (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز)[17]. وأخرج النسائي في سننه ومسلم في صحيحه أن أبا المنهال سأل البراء ابن عازب عن الصرف فقال له: سل زيد بن أرقم فهو أعلم قال: فسألت زيداً، فقال: سل البراء فإنه أعلم ثم قالا: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الورق بالذهب ديناً[18].

فالأحاديث السابقة تدل على مشروعية الصرف.

هذا وقد أجمع العلماء على مشروعية الصرف[19].

الحكمة من مشروعيته:

من قواعد الشريعة الإسلامية أنها ترفع الحرج والمشقة عن الناس وتيسر السبل المؤدية إلى تنشيط الحركة التجارية تحقيقاً لمبدأ الاستخلاف وإعمار الكون ولا شك أن الناس في حاجة ماسّة لتبادل السلع، والنقود هي من أهم هذه الوسائل فكان لابد من بيع النقود بالنقود لتحقيق حاجات الناس وهذا هو الصرف، فكان مشروعاً وفق ضوابط محددة.

المبحث الثاني: تعريف النقود و نشأتها و وظائفها و حكم كنزها و أهم أسباب تغير قيمتها و الفرق بين الصرف و المتاجرة بالعملات :

1- المطلب الأول : تعريف النقود :

النقد لغة: معنى نقد خلاف النسيئة ويأتي بمعنى الإعطاء تقول نقدته الدراهم أي أعطيته إياها[20].

وبمعنى إبراز الشيء ومنه نقد الدرهم: إذا كشف عن حالة من جودة أو غير ذلك[21].

النقود في الاصطلاح:

هي كل وسيط للمبادلة يتمتع بقبول عام في الوفاء بالالتزامات[22].

---

(17) البخاري: صحيح البخاري بشرح فتح الباري 380/4.
(18) مسلم: صحيح مسلم بشرح النووي 16/11 والنسائي: سنن النسائي 280/7.
(19) النووي: شرح صحيح مسلم 10/11.
(20) ابن منظور: لسان العرب مادة نقد 425/3، والرازي مختار الصحاح: 329.
(21) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة ص467/5.
(22) شافعي: محمد زكي، مقدمة في النقود والبنوك ص27.

وعرفها بعضهم بأنها "أي شيء يكون مقبولاً قبولاً عاماً كوسيط للتبادل ومقياس للقيمة"[23].

2- المطلب الثاني: نشأة النقود:

كانت المجتمعات البشرية تعتمد المقايضة في التعامل لقضاء الحوائج، ونظراً لصعوبة هذا النظام وعدم قابلية بعض السلع للتجزئة إضافة إلى أن الناس قد يقدمون خدمة مقابل سلعة وليس سلعة مقابل سلعة مما جعل المقايضة لا تصلح للوفاء بحاجات الناس فعدل الناس عن نظام المقايضة إلى النظام النقدي وكانت النقود عند كل مجتمع حسب ما يتوافر عندهم مما هو مقبول قبولاً عاماً كالإبل عند العرب والحرير عند الصينيين والقمح عند قدماء المصريين ثم تطور استعمال النقود باستخدام المعادن كالحديد والنحاس ولما كانت هذه المعادن لا تصلح لمدة أطول تم اعتماد الذهب والفضة وأصبحا معتمدين عند معظم المجتمعات البشرية وظلاّ كذلك حتى القرن التاسع عشر حيث طغى استخدام الذهب على الفضة[24] ثم ظهرت أوراق البنكنوت التي تتمثل في تعهد مصرفي بدفع مبلغ معين من وحدات النقد القانونية لحامل الورقة عند الطلب، وبقي الذهب والفضة أثماناً وغطاء لأوراق البنكنوت التي تصدرها الدولة إلى أن تم رفع هذا الغطاء وأصبحت الأوراق النقدية تستمد قوتها من القانون لا من ذاتها[25].

ولا يعني انسحاب الذهب والفضة من سوق التداول النقدي بين الناس وحلول الأوراق النقدية مكانها عدم اعتبارهما أثماناً، فلا زال الذهب يستعمل كاحتياطي للبنوك والحكومات وكأداة لتسوية الديون الدولية، وكوسيلة لاختزان القيم، بالإضافة إلى أوجه استخدامه في الصناعة وصياغة الحلي وغيرها[26].

3- المطلب الثالث : وظائف النقود :

تؤدي النقود وظائف عديدة في النظام الاقتصادي من أهمها أنها واسطة للتبادل ووحدة قياس لسائر الأموال ومستودع لقيم الأموال وأداة من أدوات السياسة النقدية وهذا بيان موجز لهذه الوظائف.

الوظيفة الأولى: أن النقود واسطة للتبادل، ويرى الفكر الاقتصادي التقليدي قصر وظيفة النقود على كونها واسطة للتبادل فالنقود في نظرهم ليست سوى عربة لنقل القيم[27] ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن هذه الوظيفة من أهم وظائف النقود حيث يقول:

(23) السالوس: علي أحمد، النقود واستبدال العملات ص21.
(24) النجار: أحمد ، المدخل إلى النظرية الاقتصادية ص127.
(25) د. عباس الباز: أحكام صرف النقود والعملات في الفقه الإسلامي ص135-142.
(26) شافعي: محمد زكي، مقدمة في النقود والبنوك ص38.
(27) هاشم، إسماعيل محمد، مذكرات في النقود والبنوك ص118.

"والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها بل هي وسيلة إلى التعامل بها ولهذا كانت أثماناً بخلاف سائر الأموال، فإن المقصود الانتفاع بها نفسها"[28].

وهذا ما ذهب إليه تلميذه ابن القيم حيث يقول: (فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً، لا يرتفع ولا ينخفض، فالأثمان لا تقصد لأعيانها بل يقصد التوصل بها إلى السلع، فإذا صارت في أنفسها سلعاً تقصد لأعيانها فسد أمر الناس وهذا معنى معقول يختص بالنقود لا يتعدى إلى سائر الموزونات)[29].

وفي هذا المعنى تحدث الغزالي عن حكمة أخرى للنقود فيقول (ولحكمة أخرى وهي التوسل بهما إلى سائر الأشياء لأنهما عزيزان في أنفسهما، ولا غرض في أعيانها، ونسبتهما إلى سائر الأموال نسبة واحدة، فمن ملكها فكأنه ملك كل شيء، لا كمن ملك ثوباً فإنه لم يملك إلا الثوب فلو احتاج إلى طعام، ربما لم يرغب صاحب الطعام في الثوب لأن غرضه في دابة مثلاً، فاحتاج إلى شيء هو في صورته كأنه ليس بشيء وهو في معناه كأنه كل شيء، كالمرآة التي لا لون لها وتحكي كل لون، فكذلك النقد لا غرض فيه وهو وسيلة إلى كل غرض)[30].

الوظيفة الثانية: أنها تعتبر وحدة قياس للأموال. فمن أهم وظائف النقود أنها وحدة قياس تقاس بها السلع والخدمات مثلها مثل وحدة قياس الأوزان والمسافات والأطوال مثل الكيلو غرام والمتر والسنتيمتر وأي وحدة قياس ينبغي أن تتصف بالثبات. وفي هذا الصدد يقول ابن خلدون: "إن الله تعالى خلق الحجرين المعدنيين من الذهب والفضة قيمة لكل متمول"[31].

ويقول الغزالي: (فخلق الله تعالى الدنانير والدراهم حاكمين ومتوسطين بين سائر الأموال حتى تقدر الأموال بهما)[32].

الوظيفة الثالثة: أنها أداة لاختزان القيم وتعد هذه الوظيفة من أهم وظائف النقود في العصر الحديث وهذا ما ذهبت إليه المدرسة الكينزية، فالسلع يتعذر الاحتفاظ بها وتخزينها لوقت الحاجة لأن بعضها قابل للتلف وتخزينها يترتب عليه كلف باهظة بالإضافة إلى أنها قد لا تفي بالحاجات المستقبلية التي يحتاجها الإنسان لأن الحاجات متغيرة فتخزين السلع لا

(28) ابن تيمية: مجموع الفتاوي 251/19.
(29) ابن القيم: أعلام الموقعين 105/2.
(30) الغزالي: إحياء علوم الدين 91/4.
(31) ابن خلدون: المقدمة 478.
(32) الغزالي: إحياء علوم الدين 974.

يحقق المطلوب ولا يفي بالحاجات المستقبلية، كما أن الخدمات لا يمكن تخزينها لأن الزمن عنصر أساسي فيها ولكن النقود تصلح للقيام بهذا الدور إذا اتصفت بالثبات فهي أداة لاختزان القوة الشرائية لاستخدامها عند الحاجة في المستقبل.

وسبق القول أن أصحاب المدرسة التقليدية يرون بأن وظيفة النقود هي كونها وسيطاً للتبادل وليست مستودعاً للقيم لأن العلاقة بين الادخار والاستثمار وثيقة بل حتمية فالادخار لا يعدو أن يكون استثماراً فكل ما لا يستهلك (مدخر) يستثمر، والاهتمام بالادخار ما هو إلا مظهر من مظاهر الاهتمام بالاستثمار[33] ويعقب على ذلك د. رفعت المحجوب بقوله: (إن هذا الترابط الحتمي الذي يقيمه التقليديون... الخ) بين الادخار والاستثمار لا يبدو مقنعاً من بعض وجوهه، فقد يقوم نوع من فك الارتباط بينهما بحيث يوجد الادخار ولا يوجد الاستثمار فيكون الادخار في هذه الحالة أشبه بالاكتناز)[34].

إن المضاربة في النقود تجعل قيمتها متذبذبة ومتغيرة مما يفقدها هذه الخاصية ويخرجها عن وظيفة من وظائفها الأساسية حيث يؤثر تغير قيمتها على قوتها الشرائية وتصبح مستودعاً غير موثوق للقيمة ولا يمكن الاطمئنان إليها في المدفوعات الآجلة، وسيؤدي هذا إلى عزوف الناس عن التعامل بها وفي هذا يقول ابن خلدون عن الذهب والفضة (وهما الذخيرة والقنية لأهل العالم في الغالب، وإن اقتني سواهما في بعض الأحيان فإنما هو لقصد تحصيلهما بما يقع في غيرهما من حوالة الأسواق التي هما عنها بمعزل)[35].

الوظيفة الرابعة: أنها أداة من أدوات السياسة النقدية، ونعني بذلك التحكم في عرض النقد وذلك لتجنب حالات التضخم والانكماش، فمما هو معروف أن هناك علاقة طردية بين التغير في سعر الصرف والتغير في مستوى الأسعار، فارتفاع سعر الصرف يؤدي إلى انخفاض القيمة الشرائية للعملة مما يؤثر على مستوى الأسعار المحلية ويؤدي إلى التضخم خاصة في الاقتصاديات النامية التي تعتمد على الاستيراد بشكل كبير لذا فإن محاربة التضخم هو أحد الأسباب التي تدعو الدولة للتدخل في سوق العملات للمحافظة على سعر صرف عملتها وباختصار فإن التضخم هو الارتفاع في المستوى العام للاسعار نتيجة عدم التوازن بين التيار النقدي والتيار السلعي[36] ويعتبر التضخم من أكبر المشكلات، التي تهز كيان البنى الاقتصادية في المجتمعات المعاصرة ويقصد بالتضخم التغير الفاحش أو الجامح في قيمة النقود بحيث تنخفض قوتها الشرائية في مقابل السلع والخدمات نظراً للارتفاع المستمر في

(33) رفعت المحجوب: الاقتصاد السياسي ص458.
(34) رفعت المحجوب: الاقتصاد السياسي ص470.
(35) ابن خلدون: المقدمة ص381.
(36) سليمان، مجدي عبد الفتاح، علاج التضخم والركود الاقتصادي في الإسلام ص37.

المستوى العام للأسعار، وهذا يعني أن التضخم ظاهرة عامة يمتد تأثيرها إلى كل أفراد المجتمع على اختلاف بينهم في نوع هذا التأثير قوة وضعفاً وسلباً وإيجاباً[37].

وبناء على ما سبق فإن النقود "لا يمكن أن تؤدي وظيفتها كمستودع لقيم الأشياء ووسيط للتبادل ومقياس للقيمة ومعيار للمدفوعات الآجلة إلا إذا اتصفت بالثبات النسبي في قوتها الشرائية لأن حدوث التغير في قيمتها زيادة أو نقصان سيؤدي إلى نفع المقترضين والمشترين وخسارة المقرضين والبائعين أو العكس، ففي الحالة التي تنخفض فيها القوة الشرائية للنقود (القيمة الحقيقية) خلال مدة القرض أو الصفقة التجارية المؤجلة الثمن فإن المبلغ المقترض الذي سيتم الوفاء به عندما يحين أجل القرض أو يدفع ثمناً للصفقة المؤجلة تكون قوته الشرائية أقل من تلك التي كان يمثلها عند إتمام عقد القرض أو الصفقة المؤجلة الثمن، وفي هذا نفع للمقترض والمشتري وفي الوقت نفسه خسارة للمقرض والبائع، وفي الحالة التي ترتفع فيها القوة الشرائية للنقود فإن المبلغ المقترض الذي سيتم الوفاء به أو سيدفع ثمناً للصفقة المؤجلة الثمن تكون قوته الشرائية أكبر من تلك التي كان يمثلها عند قبض المقترض له أو عندما قدرت به قيمة الصفقة المؤجلة، وفي ذلك نفع للمقرض والبائع وواضح أنه كلما تغيرت قيمة القوة الشرائية للنقود زيادة أو نقصاً أخفقت النقود في أداء وظيفتها الأساسية في الوفاء بالديون أو المدفوعات المؤجلة على نحو يرضي جميع الأطراف المتعاقدة[38].

4- المطلب الرابع : أهم أسباب تغير قيمة النقود :

من أهم أسباب تغير قيمة النقود:

1- **سرعة تداول النقود:** حيث تعمل المصارف الربوية التي تكسب إيراداتها الأساسية من الفرق بين سعر الفائدة الدائنة الذي تتقاضاه من عملائها المستثمرين وسعر الفائدة المدينة الذي تدفعه للمودعين على سرعة تداول النقود والتوسع في الائتمان، ففي فترات الرواج ترفع المصارف الربوية سعر الفائدة الدائنة ويقبل المستثمرون ذلك لأن توقعاتهم عادة ما تكون مرتفعة نظراً للكفاءة الحدية للاستثمار فتزيد المصارف من التوسع في الائتمان فيزداد العرض الكلي للنقود بمعدلات سريعة في حين لا يزداد الإنتاج الحقيقي بنفس النسبة فترتفع الأسعار وتنخفض القوة الشرائية للنقود، وعليه فإن الربا يعتبر من أكبر العوامل التي تؤثر على ثبات قيمة النقود[39].

(37) د. حمزة الفعر: التأصيل الشرعي للحلول المقترحة لعلاج آثار التضخم، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي العدد 17 سنة 2004م.

(38) د. محمد منصور: تغير قيمة النقود وتاثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، بحث منشور في مجلة كلية العلوم التربوية، وكالة الغوث الدولية، ص147 سنة 1998م.

(39) المرجع السابق ص149، وانظر اللبان، محيي ناصر، قيمة النقود ص127.

2- **السيطرة الاحتكارية على الأسواق والمنتجات** حيث تؤدي السيطرة الاحتكارية في الغالب إلى زيادة أسعار السلع عن المستوى الذي كانت ستصل إليه في أسواق المنافسة الكاملة، ففي ظل الأسواق الاحتكارية فإن المنتجين يستطيعون التحكم بالسعر مما يؤدي إلى عدم تحقيق التوزيع الأمثل للموارد الاقتصادية على مختلف الاستخدامات الممكنة(40).

3- **توسع الدول في إصدار النقود الورقية**، حيث تلجأ الكثير من الدول إلى التوسع في إصدار النقود لسد العجز في ميزانياتها عند حدوث فجوة تتمثل في نقص الإيرادات الكلية التي تحصل عليها عن النفقات الكلية، فتقترض من المصرف المركزي وتدفع له سندات حكومية بالمبالغ المقترضة ويقوم البنك المركزي بإصدار نقود جديدة وتكون السندات غطاء لهذا الإصدار وهذا ما يسمى بالتمويل التضخمي أو التمويل بالعجز، ويؤدي التوسع في استخدامه إلى زيادة القوة الشرائية الكلية لدى أفراد المجتمع فيزداد الطلب وترتفع الأسعار وبالتالي تنخفض القيمة الحقيقية للنقود(41).

ذكر ابن عابدين هذا في رسالته المعروفة (بتنبيه الرقود في مسائل النقود) حيث يقول: (ثم اعلم أنه تعدد في زماننا ورود الأمر السلطاني بتغيير سعر بعض النقود الرائجة بالنقص)(42) وفي عصرنا يتمثل الأمر السلطاني في سياسة البنك المركزي فالدولة تشارك عن طريق الأوامر السلطانية (سندات الخزينة) في تغير قيمة النقود عندما تتجه إلى الإنفاق في أبواب لا تحتملها طبيعة المرحلة التي يمر بها المجتمع، أو عندما تسرف راغبة أو مجبرة في إنفاق محكوم عليه منذ البداية بالاستهلاك الذي لا يأتي بعائد(43).

4- **المضاربة في العملات**: إن من أكثر العوامل التي تؤثر في تغير قيمة النقود المضاربة في العملات والتي يكون قصد المتبايعين فيها الربح من خلال ارتفاع سعر إحدى العملتين وانخفاض العملة الأخرى، حيث يسعى كل من المتبايعين لتحقيق ذلك وصولاً إلى الربح المنشود فإذن قصد المتبايعين في المضاربة متوجه ابتداء لتغيير قيمة النقود، يعزز ذلك عدم انضباط المضاربة في العملات بالضوابط الشرعية التي تحرم الربا.

إن المضاربة بالعملات تخرجها عن وظيفتها الأساسية كوسيط للتبادل لتصبح سلعة تباع وتشترى و من ثم فإن هذا يؤدي إلى فساد معاملات الناس و حدوث الأزمات الإقتصادية، إن اكتناز النقود و مبادلتها بعملة أخرى بهدف تحقيق الربح من وراء فروق الأسعار يؤثر على

---

(40) د. محمد منصور: تغير قيمة النقود ص149.

(41) د. محمد منصور: تغير قيمة النقود، مرجع سابق ص149.

(42) ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين ص66.

(43) العناني: حسن صالح، معجزة الإسلام في موقفه من الربا ص155.

تبادل السلع و الخدمات و يبطئ من سرعة دوران النقود مما يتسبب في حدوث الأزمات الاقتصادية الخانقة.(44)

ومما يجدر التنبيه إليه إلى أن الكثير من الفقهاء ذهبوا إلى التضييق في دائرة مبادلة العملات وليس التوسع فيها كما هو الشأن في أصل المعاملات المالية.

فالصرف عندهم إنما جاز لحاجة الناس إليه وهو جائز بشروط(45) كما سيأتي بيانها وذهب بعض المعاصرين إلى أنه ممنوع إلا بشروط(46) يقول ابن القيم: (ويَمْنَعُ المحتسبُ مِنْ جعل النقود متجراً، فإنه بذلك يدخل على الناس من الفساد ما لا يعلمه إلا الله، بل الواجب أن تكون النقود رؤوس أموال يتجر بها - بحيث تكون أثماناً - ولا يتجر فيها - بحيث تكون سلعاً-(47)) ويبين ابن القيم أن اتخاذها سلعة يؤدي إلى أن يعم الضرر ويحصل الظلم بين الناس حيث يقول: (وحين اتخذت الفلوس سلعة تُعَدُّ للربح عَمَّ الضرر وحصل الظلم)(48).

ويقول ابن تيمية عن المتاجرة بالنقود: (فإن المتاجرة فيها باب عظيم من أبواب ظلم الناس وأكل أموالهم بالباطل)(49) وما ذلك إلا لأن المضاربات تخرج النقود عن أداء وظائفها الأساسية التي سبق ذكرها والتي من بينها أنها وحدة قياس لسائر الأموال الأخرى لعدم اتصافها بالثبات وأنها مخزن لقيم الأموال لتغير قيمتها وعدم ثقة الناس المتعاملين بها.

5- المطلب الخامس : كنز النقود و حكمه:

ومما يحسن بيانه في هذا المقام وله علاقة وطيدة ببيان حكم المضاربة في العملات هو حكم اكتناز النقود وادّخارها، لأن جانباً من جوانب المضاربة يرتكز على ادّخار بعض العملات والتربص بها قصد ارتفاع سعرها أو إغراق الأسواق بكثرة عرضها، وهذا يؤثر على وظيفة النقود من حيث عدم ثبات سعر الصرف ويفقد النقود أهم وظائفها.

الأصل في النقود أنها وسيط لتبادل الأموال وهي بمثابة الدم الذي يجري في شرايين الجسم، فإذا تجمد الدم وتوقف عن الحركة شلت الأعضاء وهكذا النقود بالنسبة إلى الحياة الاقتصادية وما كنز الأموال إلا سبباً من الأسباب التي تصيب الحياة الاقتصادية بالشلل.

(44) جهاد عبد الله حسين أبو عويمر: الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، 1986 ص 205.
(45) الصديق الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 11 سنة 1998 ص314.
(46) د. شوقي دينا: المضاربات على العملة، ماهيتها وآثارها وسبل مواجهتها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 11 سنة 1998 ص 314.
(47) ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص350.
(48) ابن القيم: إعلام الموقعين 156/2.
(49) ابن تيمية: مجموع الفتاوى 64/29.

ويقصد بكنز الأموال عند علماء الاقتصاد المال الذي لم يخضع للاستثمار أو ذلك الجزء من قيمة الإنتاج الذي لا ينفق على الاستهلاك ولا على الاستثمار بمعنى أنه لا يتحول إلى رأس مال ولكن يحتفظ به في شكل نقدي[50].

والكنز عند الفقهاء هو كل مال لم تؤد زكاته على رأي بعضهم[51] لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما (كل ما أدي زكاته فليس بكنز وإن كان مدفوناً تحت الأرض، وكل ما لا تؤدى زكاته فهو كنز وإن كان ظاهراً)[52].

ولحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: (من آتاه الله مالاً فلم يؤد زكاته مُثِّلَ له يوم القيامة شجاعاً أقرع له زبيبتان بطوقه يوم القيامة ثم يأخذ بلهزميته - يعني شدقيه - ثم يقول: أنا مالك، أنا كنزك، ثم تلا:(لاَ يَحْسَبَنَّ الَّذِينَ يَبْخَلُونَ بِمَا آتَاهُمُ اللّهُ مِن فَضْلِهِ هُوَ خَيْرًا لَّهُمْ بَلْ هُوَ شَرٌّ لَّهُمْ سَيُطَوَّقُونَ مَا بَخِلُواْ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلِلّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ).[53]

وذهب بعض العلماء إلى أن الكنز هو المجموع من النقدين ما لم تؤد منه الحقوق الواجبة فيه، وذلك أن الحقوق التي رتبها الإسلام في الأموال كثيرة ولا معنى لتخصيص الزكاة دون غيرها من الواجبات.

قال القاضي: (تخصيص هذا المنع بمنع الزكاة لا سبيل إليه، بل الواجب أن يقال: الكنز هو المال الذي ما أخرج عنه ما وجب إخراجه منه، ولا فرق بين الزكاة وبين ما يجب من الكفارات أو بين ما يلزم من نفقة الحج أو العمرة وبين ما يجب إخراجه في الدين والحقوق والإنفاق على الأهل أو العيال وضمان المتلفات أو أروش الجنايات فيجب في كل هذه الأقسام أن يكون داخلاً في الوعيد)[54].

ولا يفهم مما سبق أنه يحرم ادّخار المال، فالإسلام وهو ينهى عن كنز المال ويدعو للتشغيل الكامل لرأس المال لا يحرم ادّخار المال الذي يفضل عن الحاجة، فإذا ادّخر الشخص بعض ماله فأمسك الفضل بين كسبه الطيب وبين إنفاقه القصد وادخره لمواجهة احتمالات

---

(50) عبد العزيز، شعبان، رأس المال في المذهب الاقتصادي للإسلام ص128، والنجفي، حسن، زينة المصطلحات الاقتصادية في القرآن الكريم والأحاديث الشريفة ص158.

(51) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن 125/8 وابن العربي: أحكام القرآن 489/2.

(52) رواه الحاكم في المستدرك من حديث عمرو بن العاص وقال: صحيح على شرط مسلم 3/2.

(53) البخاري: صحيح البخاري، باب ما أدّى زكاته فليس بكنز 111/2.

(54) الرازي: تفسير الفخر الرازي 44/16.

المستقبل أو ليوم فقره وحاجته فليس ذلك بكنز، قال رسول الله ﷺ "رحم الله امرءاً اكتسب طيباً وأنفق قصداً وقدم فضلاً ليوم فقره وحاجته"[55][56].

وقد ذكر ابن خلدون في مقدمته الأضرار التي تنجم عن كنز الأموال على الاقتصاد حيث قال (إن الدولة والسلطان هي السوق الأعظم للعالم، ومنه مادة العمران، فإذا احتجز السلطان الأموال أو الجبايات أو فقدت فلم يصرفها في مصارفها قل حينئذ ما بأيدي الحاشية والحامية، وانقطع أيضاً ما كان يصل منهم لحاشيته وذويهم وقلت نفقاتهم جملة، وهم معظم السواد ونفقاتهم أكثر مادة الأسواق مما سواهم فيقع الكساد حينئذٍ في الأسواق وتضعف الأرباح في المتاجر فيقل الخراج لذلك، لأن الخراج والجباية إنما تكون من الاعتمار والمعاملات (وهي في زماننا الضريبة) ونفاق الأسواق وطلب الناس للفوائد والأرباح، ووبال ذلك عائد على الدولة بالنقص لقلة أموال السلطان حينئذٍ بقلة الخراج"[57].

ويذكر ابن خلدون نص رسالة وجهها طاهر بن الحسين إلى ابنه عبد الله لما ولاه المأمون على الرقة ومصر وما بينهما وجاء فيها (واعلم أن الأموال إذا اكتنزت وادخرت في الخزائن لا تنمو وإذا كانت في صلاح الرعية وإعطائهم حقوقهم وكف الأذية عنهم نمت وزكت وصلحت بها العامة، وترتبت بها الولاية، وطاب بها الزمان، واعتقد فيها العز والمنفعة فليكن كنز خزائنك تفريق الأموال في عمارة الإسلام وأهله، ووفر منه على أولياء أمير المؤمنين قبلك حقوقهم، وأوف من ذلك حصصهم، وتعهد ما يصلح أمورهم ومعاشهم)[58].

6- المطلب السادس: الفرق بين الصرف و المتاجرة بالعملات :

ذهب بعض الباحثين إلى التفرقة بين الصرف وبين المضاربة في العملات ذلك لأن المقصود بالمضاربة هو طلب العملة لذاتها لا لاستخدامها في سداد دين ما، أو في شراء أصل ما، وإنما لأن المشتري لها يتوقع ارتفاع أسعارها مستقبلاً فيبيعها محققاً الأرباح ويتضمن ذلك عرض العملة لهدف محدد هو تفادي الخسائر عند الاحتفاظ بها حيث يتوقع هبوط قيمتها[59].

وقد توهم الكثيرون أن الصرف والمضاربة في العملات هما شيء واحد في الحكم مع أن هدف المشتري في الصرف الحصول على العملة الأخرى لحاجته لها في حين أن هدفه في

(55) الحديث رواه ابن النجار في تاريخ بغداد عن عائشة رضي الله عنها، ذكر السيوطي في الجامع الصغير أنه حديث ضعيف.

(56) د. شحاتة، شوقي، البنوك الإسلامية ص120.

(57) ابن خلدون: المقدمة ص286.

(58) ابن خلدون: المقدمة ص306.

(59) د. شوقي دنيا: المضاربات على العملة ماهيتها وآثارها وسبل مواجهتها من منظور إسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة العدد 11 لسنة 1998م ص275.

المضاربة في العملات ليس الحصول على العملة لقضاء حاجاته وإنما المضاربة على ارتفاعها وانخفاضها لتحقيق ربح، ففي الصرف يكون النقد مقصداً للمتاجرة به وفي المضاربة يكون النقد مقصداً للمتاجرة فيه.

أهم الفروق بين الصرف و المتاجرة بالعملات:

مما سبق يمكن أن نوجز أهم الفروق بين الصرف والمضاربة فيما يلي:

1- أن الصرف يقصد لتحقيق غايات تجارية وقضاء حاجات للإنسان فهو وسيلة لا غاية وأما المضاربة في العملات فهي غاية لا وسيلة يقصد بها انتظار تقلب الأسعار وتعمل على التأثير على سعر الصرف لتحقيق الأرباح.

2- الصرف ضرورة للتجارة الدولية والسياحة في الأرض فهو يعمل على انتعاش الاقتصاد بينما المضاربة في العملات لا تعمل على الانتعاش الاقتصادي بل تلحق به أضراراً كما سبق بيانه.

3- الصرف وفق ضوابطه الشرعية لا يخل بوظائف النقود وإنما يحافظ عليها والمضاربة في العملات تهدم أهم وظائفها وهي أن تكون وحدة قياس للأموال ومستودعاً للقيم.

4- الصرف لا يؤثر على السياسة النقدية التي تمنع التضخم والانكماش بينما تعمل المضاربة على عدم الاستقرار في المنظومة الاقتصادية فتؤدي إلى التضخم أو الانكماش.

5- الصرف يمثل طلباً حقيقياً على العملات بينما المضاربة فتوجد حالة وهمية في طلب العملات.

6- الدافع إلى الصرف هو دافع اقتصادي أما المضاربة فلها دوافع أخرى غير الدافع الاقتصادي وهو الربح فقد يكون الدافع سياسياً تمارسه بعض الدول أو المؤسسات المالية الكبرى ضد دول أخرى لتحقيق أهدافها السياسية تجاه تلك الدول.

7- الصرف يتفق مع مقاصد الشارع فهو مباح والمضاربة في العملات تناقض مقاصد الشارع فهي محرمة.

المبحث الثالث : مقومات عقد الصرف وشروطه:

1- المطلب الأول: مقومات عقد الصرف:

لما كان الصرف نوعاً من أنواع البيوع فإن مقومات عقد الصرف هي مقومات عقد البيع من حيث أنها الصيغة والعاقدان ومحل العقد ويشترط فيها ما يشترط في مقومات عقد البيع إلا أن محل العقد في الصرف هو الأثمان من الذهب: والفضة والعملات الورقية والمعدنية، والذهب جنس والفضة جنس وعملة كل بلد تعتبر جنساً آخر غير عملة البلد الآخر لأنها نقود اعتبارية طبقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي فتختلف من حيث الجنس تبعاً لجهة اعتبارها نقداً، حيث جاء في القرار (يعتبر الورق النقدي نقداً قائماً بذاته كقيام النقدية في الذهب و الفضة وغيرهما من الأثمان، كما يعتبر الورق النقدي أجناساً مختلفة تتعدد بتعدد جهات الإصدار في البلدان المختلفة، بمعنى أن الورق النقدي السعودي جنس و أن الورق النقدي الأمريكي جنس و هكذا كل عملة ورقية جنس مستقل بذاته، و بذلك يجري فيها الربا بنوعيه فضلاً و نساءاً، كما يجري الربا بنوعيه في النقدين من الذهب والفضة وفي غيرهما من الأثمان).[60]

2- المطلب الثاني: شروط عقد الصرف:

أما شروط عقد الصرف الخاصة فنوجزها فيما يلي:

الشرط الأول: التماثل عند اتحاد الجنس

فإذا بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة وجب التماثل في الوزن وإن اختلفا في الجودة فيباع الذهب من عيار 24 بالذهب من عيار 21 أو 18 مثلاً بمثل دون التفات إلى الجودة أو الصيغة فإذا زاد أحدهما عن الآخر وزناً كان ربا للأحاديث السابقة ولم يعتبر الشارع التفاوت في الجودة أو الصنعة عند بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة حتى لا يكون التفاوت فيهما ذريعة للوصول إلى الربا فهو من باب سد الذرائع، ومن أجل اعتبار التفاضل بينهما في الجودة أو الصنعة فإنه يباع الذهب بالدينار الأردني مثلاً حيث يكون للجودة والصنعة اعتبارهما ثم تجري المقاصة بينهما قبل أن يفترقا تحقيقاً لشرط التقابض في المجلس. وإذا أمكن في عصر من العصور معرفة مقدار المعادن الأخرى المختلطة بالذهب بحيث نعرف مقدار الذهب الخالص وزناً بدون المعادن فإنه يجوز بيع الذهب بالذهب غير الخالص متفاضلاً شريطة التماثل في وزن الذهب الخالص والدقة في ضبط ذلك[61].

(60) رابطة العالم الإسلامي، قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، القرار السادس ص100.

(61) وضح لي بعض الثقات من الذين يعملون في صياغة الذهب وجود موازين يمكن بها معرفة الذهب الخالص بنسبة 100% في سويسرا وبعض البلاد التي يتعاملون معها فيها بالذهب بيعاً وشراءاً.

وقد نصت المعايير الشرعية على هذا الشرط و قد نصت الفقرة ب (أن يتم التماثل في البدلين الذين هما من جنس واحد و لو كان أحدهما عملة ورقية و الآخر عملة معدنية مثل الجنيه الورقي و الجنيه المعدني للدولة نفسها)

الشرط الثاني: التقابض في المجلس

يشترط التقابض في عقد الصرف في مجلس العقد فإذا باع ذهباً بغير جنسه كالدينار الأردني فإنه يشترط التقابض في المجلس وإذا باع الذهب بالذهب أي بجنسه فيشترط التقابض في المجلس كذلك إذا باع الدينار الأردني بالريالات السعودية فإنه يشترط التقابض في المجلس، وخلاصة الأمر أن التقابض في المجلس شرط لبيع الجنس بجنسه أو بجنس آخر وعدم تحقق هذا الشرط يؤدي إلى ربا النسيئة وهو تأخير القبض عن المجلس.

لأن عامل الزمن وهو تأخير قبض أحد العوضين عن المجلس يعتبر زيادة فيدخل الغرر على العقد وهو مفسد لعقد الصرف كما أن عدم التقابض في النقود يؤدي إلى اختلال وعدم ثبات قيمتها فيخرجها عن وظيفتها كوحدة قياس للأموال ولهذا حرمت النسيئة في بيع النقود والأثمان سواء بيعت بجنسها أو بغير جنسها وما سبق من أدلة في مشروعية الصرف يدل على وجوب الالتزام بهذا الشرط، والقبض الحكمي بمنزلة القبض الحقيقي لأن الشرع لم يحدد طريقة معينة للقبض فيرجع فيه لما تعارف عليه الناس بما يحصل من التمكن من التصرف الذي هو الغرض من القبض ويتعلق به الضمان.

وقد نصت المعايير الشرعية في الفقرة أ على هذا الشرط حيث جاء فيها (أن يتم التقابض قبل تفرق العاقدين سواءاً أكان القبض حقيقياً أم حكمياً).

ويجوز التوكيل بمبادلة العملات إلا أنه لما كان القبض شرطاً في الصرف عقب التعاقد فإن المعتبر هو قبض العاقد سواء كان أصيلاً أو وكيلاً وعليه فلا يجوز التوكيل بالقبض فقط إذا لم يكن الوكيل هو العاقد لأن المعتبر هو قبض العاقدين قبل الافتراق[62].

صور القبض:

ويتحقق القبض الحقيقي بالمناولة بالأيدي، ويتحقق القبض الحكمي اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً ومن صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً:

أ- القيد المصرفي في حساب العميل، فإذا اشترى العميل من المصرف الريالات بالدينار

(62) المعايير الشرعية. المتاجرة بالعملات 7/2.

الأردني وتم قيدها في حسابه فإنه يعتبر قبضاً لها، وكذلك إذا اقتطع المصرف من حساب العميل مبلغاً من المال بأمره ليضمه إلى حسابه بعملة أخرى أو لحساب عميل آخر بعملة أخرى وتم تسجيل ذلك في حسابهما فإنه يعتبر قبضاً حكمياً.

ولما كان القيد في حساب عميل آخر قد يستغرق وقتاً زائداً عن مجلس العقد ليمكنه من التصرف بالمال الذي تم تسجيله في حسابه فإن هذه المدة الزمنية الزائدة عن مجلس العقد تغتفر ولا يعتبر التأخير بسببها تأخيراً للقبض عن المجلس مفسداً للعقد شريطة أن لا تزيد عن المدة المتعارف عليها في أسواق التعامل، وفي هذه الحال لا يجوز للطرف الآخر أن يتصرف في العملة قبل أن يحصل أثر القيد المصرفي الذي يحصل به التسليم الفعلي[63].

ب- ومن صور القبض الحكمي: تسليم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وتم حجز المؤسسة له.

جـ- ومن صوره أيضاً تسلم البائع قسيمة الدفع الموقعة من حامل بطاقة الائتمان (المشتري) في الحالة التي تدفع فيها المؤسسة المصدرة للبطاقة المبلغ إلى قابل البطاقة بدون أجل[64].

ويشترط خلو عقد الصرف عن خيار الشرط

ولما كان القبض في مجلس العقد شرطاً من شروط صحة عقد الصرف فإن شرط الخيار يمنع تحقيق هذا الشرط. أما خيار العيب فلا يمنع صحة عقد الصرف الذي تضمنه خيار الشرط لأن الصرف ينعقد على مثل النقود لا على عينها[65].

ولما كان الأجل في قبض أحد العوضين في الصرف يمنع من تحقيق شرط التقابض فيكون العقد فاسداً.

وقد نصت المعايير الشرعية على هذا الشرط في الفقرة ج حيث جاء فيها (أن لا يشتمل العقد على خيار الشرط أو أجل تسليم أحد البدلين أو كليهما).

الشرط الثالث: أن لا يكون المقصود ببيع العملات (الصرف) الاحتكار أو إلحاق ضرر بالأفراد أو المجتمعات.

وقد سبقت الإشارة إلى هذا عند الحديث عن وظيفة النقود حيث قد تجعل بعض الدول أو

---

(63) المعايير الشرعية: المتاجرة بالعملات 5/6/2.

(64) المعايير الشرعية: المتاجرة بالعملات 5/6/2.

(65) ابن نجيم: البحر الرائق 209/6.

المؤسسات الكبرى الغرض من بيع العملات تحقيق أغراض سياسية أو إلحاق ضرر بها، وضبطاً لهذا الأمر فقد رأى بعض المعاصرين أن الأصل في الصرف هو المنع إلا بشروط[66].

وقد نصت المعايير الشرعية على هذا الشرط في الفقرة (د) حيث جاء فيها (أن لا تكون عملية المتاجرة بالعملات بقصد الإحتكار أو بما يترتب عليه ضرر بالأفراد أو المجتمعات).

الشرط الرابع: أن لا يكون التعامل بالعملات في السوق الآجلة

وعليه فإنه يحرم التعامل في سوق الصرف الآجل سواء أتم بتبادل حوالات آجلة أم بإبرام عقود مؤجلة لا يتحقق فيها قبض البدلين كليهما.

وقد نصت المعايير الشرعية في الفقرة (5) على هذا الشرط حيث جاء فيها (أن لا يكون التعامل بالعملات في السوق الآجلة).

ويحرم الصرف الآجل أيضاً ولو كان لتوقي انخفاض ربح العملية التي تتم بعملة يتوقع انخفاض قيمتها.

ويجوز للمؤسسة لتوقي انخفاض العملة في المستقبل اللجوء إلى ما يأتي:

أ- إجراء قروض متبادلة بعملات مختلفة بدون أخذ فائدة أو إعطائها شريطة عدم الربط بين القرضين.

ب- شراء بضائع أو إبرام عمليات مرابحة بنفس العملة.

جـ- كما يجوز للمؤسسة أن تتفق مع العميل على سداد أقساط العمليات المؤجلة (مثل أقساط المرابحة) بعملة أخرى شريطة أن يكون الاتفاق مع العميل على ذلك يوم الوفاء أي استحقاق الأقساط وأن يتم الاتفاق على سعر العملة يوم الوفاء كذلك[67].

وتأسيساً على هذا فإن الديون تؤدى بأمثالها قدراً و صفة بسعر يوم الرد بصرف النظر عما يطرأ على سعر الصرف من رخص أو غلاء فمن اقترض دنانير أردنية و أراد أن يردها بالدولار فإنه يردها بسعر يوم سداد الدين سواءاً زاد سعر الصرف أو نقص.

أما إذا كسدت عملة الدين أو انهارت قوتها الشرائية بصورة غير متوقعة لأمر طارئ، أو زالت عنها صفة الثمنية بإبطال الدولة التي أصدرتها لها، فإن للفقهاء في المسألة عدة آراء ليس هذا هو محل بحثها و لكن العدالة تقتضي أن يرد المدين الدين بقيمة العملة الكاسدة وقت إعطائها أو يوم إبرام عقد البيع الذي أثبت ثمن المبيع ديناً في ذمته، لأن في ذلك رفعاً للظلم عن المتعاقدين بأمر لم يتسببا في إيجاده، و لم يكن في الوسع توقعه أو دفعه.[68]

(66) المعايير الشرعية: المتاجرة بالعملات 1/2.

(67) المعايير الشرعية: المتاجرة بالعملات المعيار رقم 2/2-5.

(68) د. محمد خالد منصور: أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي و أصوله، دار عمار للنشر و التوزيع، ط1، 2006، ص 157.

وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي في مؤتمره الخامس المنعقد في الكويت سنة 1988، و هو ما نصت عليه المعايير الشرعية في الفقرة السابعة.

المبحث الرابع: المواعدة في الصرف والشراء و البيع الموازي للعملات :

1- المطلب الأول: المواعدة في الصرف:

نصت المعايير الشرعية في المعيار 9/2 على جواز المواعدة في الصرف شريطة أن لا يقترن بالوعد ما يدل على أنه عقد، بمعنى أن لا تكون المواعدة ملزمة للطرفين المتواعدين، حيث جاء في هذا المعيار:

أ- تحرم المواعدة في المتاجرة بالعملات إذا كانت ملزمة للطرفين و لو كان ذلك لمعالجة مخاطر هبوط العملة، أما الوعد من طرف واحد فيجوز ولو كان ملزماً.

ويظهر أثر المواعدة الملزمة لطرف واحد في تحمله عند نكوله عن الوفاء بالوعد الملزم تعويض الطرف الآخر عن الضرر الفعلي اللاحق به نتيجة النكول و ينحصر حق المتضرر في اقتطاع الفرق بين سعر السوق في تاريخ العقد والسعر المنصوص عليه في الوعد، وذلك إذا دخل الموعود فعلاً في تكلفةٍ بناءً على الوعد و اشترى العملة الموعود بشرائها منه لأنه إذا رفض الطرف الآخر تنفيذ مقتضى وعده بالشراء سيضطر إلى بيعها في السوق و شراء العملة المحلية بسعر السوق، فإذا كان سعر السوق أعلى من سعر الوعد لزم الطرف الناكل بوعده تعويضه الفرق).

وما ذهبت إليه المعايير الشرعية من جواز المواعدة الملزمة من طرف واحد جائز شرعاً لأن المواعدة من طرف واحد ليست عقداً و لأن التعويض عن الضرر الفعلي المترتب على هذا الوعد من المبادئ المقررة شرعاً.

أما المواعدة الملزمة من الطرفين فهي في معنى العقد و العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ و المباني و عليه فإنها لا تكون جائزة من الناحية الشرعية لعدم تحقق شرط التقابض في مجلس العقد و الذي سبقت الإشارة إليه.

2- المطلب الثاني: البيع و الشراء الموازي للعملات:

نصت الفقرة (ب) من المعيار المشار إليه على (أنه لا يجوز ما يسمى في المجالات المصرفية "الشراء و البيع الموازي للعملات" وذلك لوجود أحد أسباب الفساد الآتية:

1- عدم تسليم و تسلم العملتين "المشتراة و المبيعة" فيكون حينئذ من بيع العملة بالآجل.

2- إشتراط عقد صرف في عقد صرف آخر.

3- المواعدة الملزمة لطرفي عقد الصرف.

والمراد من هذا المصطلح "الشراء و البيع الموازي للعملات": إجراء عمليات مبادلة مؤقتة بين عملتين في السوق الحاضرة و إجراء عمليات متزامنة في الوقت نفسه في السوق الآجلة لبيع العملة التي سبق شراؤها بسعر يتفق عليه الآن.

أو يراد به شراء العملة التي سبق بيعها في السوق الحاضرة مع تحديد السعر للعملة الآجلة وفقاً للسعر النقدي السائد، فيما يحدد سعر العملة الآجلة في التطبيق التقليدي وفقاً لظروف سعر الفائدة بين العملتين موضوع المقايضة، و عند موعد الاستحقاق يسترد كل فريق عملته بالسعر المحدد عند إجراء العملية.[69]

ولا شك أن هذه العملية غير جائزة شرعاً وفق شروط الصرف التي سبق بيانها.

(69) المعايير الشرعية، ص 12.

مراجع الفصل الأول

1- أنيس، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط2: المكتبة الإسلامية.

2- البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، جدة – السعودية، الطبعة الأولى، 1422هـ .

3- البهوتي، منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، ت: محمد أمين الضناوي، ط: دار عالم الكتب، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م .

4- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ت: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية – المملكة العربية السعودية، عام النشر: 1416هـ/ 1995م.

5- جهاد عبد الله حسين أبو عويمر، الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، ط : مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، 1986م .

6- الحاكم، محمد بن عبد الله، ت: مصطفى عبد القادر عطا، ط: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى، 1411 هـ – 1990م .

7- ابن حجر، العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبدالباقي، إخراج وتصحيح: محب الدين الخطيب، تعليق: عبدالعزيز بن عبدالله ابن باز، ط: دار المعرفة، بيروت – لبنان، 1379هـ .

8- حمزة الفعر، التأصيل الشرعي للحلول المقترحة لعلاج آثار التضخم، ط: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي العدد 17سنة 2004م .

9- ابن خلدون، المقدمة، ت: علي عبد الوافي، ط: دار نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة – مصر.

10- رابطة العالم الإسلامي، قرارات مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة – السعودية.

11- الرازي، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، 1399هـ – 1979م .

12- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ت: عصام الحرستاني، ط9: دار عمار، 1425هـ/2005م . عمان– الأردن،

13- الرازي، محمد بن عمر، التفسير الكبير المسمى بمفاتيح الغيب، ط3: دار إحياء التراث العربي، 1420 هـ بيروت – لبنان.

14- رفعت المحجوب، الاقتصاد السياسي.

15- السالوس، علي أحمد، أحكام النقود واستبدال العملات في الفقه الإسلامي.

16- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، ط: دار المعرفة، بيروت – لبنان، 1414هـ/ 1993م.

17- سليمان ، مجدي عبد الفتاح، علاج التضخم والركود الاقتصادي في الإسلام.

18- السيوطي، الجامع الصغير، و معه شرحه التيسير للمناوي، ط: مكتبة الإمام الشافعي، الرياض – السعودية، الطبعة الثالثة، 1408هـ – 1988م .

19- شافعي: محمد زكي، مقدمة في النقود والبنوك.

20- شحاتة، شوقي، البنوك الإسلامية.

21- الشربيني، محمد بن أحمد شمس الدين الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ – 1994م .

22- شوقي دنيا، المضاربات على العملة ماهيتها وآثارها وسبل مواجهتها من منظور إسلامي، ط: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة – السعودية، العدد 11 لسنة 1998م.

23- الصديق الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 11 سنة 1998.

24- ابن عابدين، محمد أمين أفندي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان .

25- عباس الباز، أحكام صرف النقود والعملات في الفقه الإسلامي، ط: دار النفائس عمان – الأردن.

26- عبد العزيز، شعبان، رأس المال في المذهب الاقتصادي للإسلام .

27- العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، ط: مطبعة محمد أفندي مصطفى، القاهرة – مصر: 1306 هـ.

28- ابن العربي المالكي، أحكام القرآن ، ت: محمد عبدالقادر عطا، ط3: دار الكتب العلمية، 1424هـ – 2003م بيروت – لبنان، .

29- العناني، حسن صالح، معجزة الإسلام في موقفه من الربا .

30- الغزالي، أبو حامد محمد بن أحمد، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت – لبنان.

31- ابن قدامة، محمد بن عبدالله، المغني شرح مختصر الخرقي، مكتبة القاهرة، 1388هـ – 1968م القاهرة – مصر، .

32- القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، 1384هـ - 1964م، القاهرة - مصر.

33- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبدالسلام إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م، بيروت - لبنان.

34- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار البيان ، دمشق - سورية.

35- مالك، ابن أنس، المدونة الكبرى، رواية تلميذه سحنون، ط1، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م، بيروت - لبنان.

36- الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق علي معوض و عادل عبدالموجود، ط1، دار الكتب العلمية، 1419 هـ - 1999 م، بيروت - لبنان.

37- منصور، محمد خالد، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي و أصوله ، ط1، دار عمار للنشر و التوزيع، 2006، عمان - الأردن.

38- منصور، محمد خالد، تغير قيمة النقود وتاثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، بحث منشور في مجلة كلية العلوم التربوية، وكالة الغوث الدولية، 1998م.

39- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، ط3، دار صادر، 1414 هـ، بيروت - لبنان.

40- النجار، أحمد، المدخل إلى النظرية الاقتصادية .

41- النجفي، حسن، زينة المصطلحات الاقتصادية في القرآن الكريم والأحاديث الشريفة.

42- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي.

43- النسائي، أحمد بن شعيب، السنن الصغرى (المجتبى)، تحقيق عبدالفتاح أبو غدة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، 1406-1986، حلب - سورية.

44- النووي، يحيى بن شرف، شرح النووي على صحيح مسلم، ط2، دار إحياء التراث العربي، 1392هـ، بيروت - لبنان.

45- هاشم، إسماعيل محمد، مذكرات في النقود والبنوك .

46- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، 1404 هـ - 1427هـ.

الفصل الثاني

معيار بيع المرابحة للآمر بالشراء

- المبحث الأول: تعريف المرابحة البسيطة و مشروعيتها و حكمها و شروط صحتها.وفيه ثلاثة مطالب: المطلب الأول: في تعريف المرابحة البسيطة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: في مشروعية بيع المرابحة وحكمها.

المطلب الثالث: في شروط صحة بيع المرابحة البسيطة.

- المبحث الثاني: مفهوم بيع المرابحة المركبة (المرابحة المصرفية) وعناصرها.وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في مفهوم بيع المرابحة المركبة.

المطلب الثاني: في عناصر بيع المرابحة.

- المبحث الثالث: مشروعية بيع المرابحة للآمر بالشراء (المركبة) وأحكامها.

المبحث الأول: تعريف بيع المرابحة البسيطة و مشروعيتها و حكمها و شروط صحتها:

المطلب الأول: في تعريف المرابحة البسطة لغة واصطلاحاً

المرابحة لغة: - المرابحة مصدر من الربح وهي الزيادة الحاصلة في المبايعة ، وهي من مادة (ربح) والرِّبْح والرَّبَح والرباح: النماء في التجر، يقال: رابحته على سلعته مرابحة، أي: أعطيته ربحاً، وأعطاه مالاً مرابحة، أي: على أن الربح بينهما .

ويقال : بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم ، وكذلك اشتريته مرابحة، ولا بد من تسمية الربح وفي الحديث أنه نهى ﷺ عن رِبْح مالم يُضْمَن.

قال ابن الإثير هو أن يبيع سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها بربح ، ولا يصح البيع ولا يحل الرّبح ، لأنها في ضمان البائع الأول، وليست من ضمان الثاني فربحها وخسارتها للاوّل [1]

بيع المرابحة في الاصطلاح :

لا تختلف تعريفات الفقهاء في بيع المرابحة في المعنى وإن اختلفت في الألفاظ الدّالة ، فقد عرفها الاستاذ الزرقا بأنها (بيع ما ملكه الانسان برأس ماله مع ربح محدد) .[2]

وعرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المرابحة بانها: بيع سلعة بمثل الثمن الذي اشتراها به البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه بنسبة من الثمن أو بمبلغ مقطوع سواء دفعت من دون وعد سابق وهي المرابحة العادية (البسيطة) أو دفعت بناءً على وعد بالشراء من الراغب في الحصول على السلعة من طريق المؤسسة وهي المرابحة المصرفية أو (المرابحة المركبة).

فعناصر بيع المرابحة البسيطة هي:- السلعة التي تدخل في ملك البائع، والثمن الذي قامت به السلعة، والزيادة المعلومة على الثمن (الربح المعلوم) والإتفاق بين طرفي العقد على ذلك، فإذا استوفى العقد هذه العناصر كان العقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره، وإن اختل أي منها كان العقد غير صحيح.

وبيع المرابحة من بيوع الأمانة حيث يتم البيع والشراء بناء على بيان البائع للمشتري لثمن السلعة الأصلي أو ماقامت به السلعة عليه .

---

(1) إبن منظور (لسان العرب) 422/2 والرازي (مختار الصحاح) 276/1 .

(2) الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ص65

وهذا النوع من البيوع (بيوع الأمانة) ينقسم إلى ثلاثة أقسام هي:-

أ- بيع التولية: وهو بيع السلعة بمثل الثمن الأصلي لها من غير ربح ولا خسارة.

ب- بيع الوضيعة: وهو بيع السلعة بأقل من الثمن الأصلي لها، أي بخسارة معلومة.

جـ- بيع المرابحة.

المطلب الثاني: في مشروعية بيع المرابحة البسيطة وحكمها:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن بيع المرابحة من البيوع الجائزة شرعاً ولا كراهة فيه ، وقال المالكية: المرابحة جائزة شرعاً وهي خلاف الأولى وذلك لكثرة احتياج البائع إلى البيان عن هذا البيع وقد لا يأتي بها البائع على الوجه الصحيح، وقد ثبت مشروعية المرابحة بالأدلة التي استدل بها لمشروعية البيع ومنها : -

1- عموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ والمرابحة نوع من أنواع البيع.

2- وبقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والمرابحة بيع بالتراضي بين العاقدين فكان دليل شرعية البيع مطلقاً بشروطه المعلومة هو دليل جوازها .

3- وبعموم قوله ﷺ (أفضل الكسب عمل الرجل بيده، وكل عمل مبرور).

4- وبعموم قوله ﷺ (إذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد) .

5- وبالقياس على التولية ، فقد اشترى رسول اله ﷺ الناقة من أبي بكر -رضي الله عنه- للهجرة بالتولية لأنه حين أراد أبو بكر -رضي الله عنه- هِبتُها له، قال: بل بالثمن.

6- ولأن الناس في حاجة ماسة إلى هذا ا لنوع من البيع ، لأن فيهم من لا يعرف قيمة الأشياء فيستعين بمن يعرفها ويطيب قلبه بما اشتراه به البائع وبزيادة ربح .

وذهب ابن حزم من الظاهرية واسحاق بن راهوية وعكرمة والزيديه في قول إلى التفرقة في الحكم بين صورتين :-

الصورة الأولى: أن يقول البائع للمشتري رأس مالي فيه بمائة بعتك بها وربح عشرة فهذه جائزة .

الصورة الثانية : أن يقول البائع للمشتري رأس مالي فيه بمائة وأربح في كل عشرة درهماً فهذه غير جائزة عندهم لأن فيها جهالة وهو بيع الغرر الذي نهى عنه النبي ﷺ

قال ابن حزم (لا يحل البيع على أن تربحني للدينار درهماً ولا على أن أربح منك فيه كذا درهماً، فلو وقع فهو مفسوخ أبداً) .

الترجيح:-

يظهر من عرض الأدلة السابقة للقائلين بالجواز والأدلة للقائلين بعدم الجواز، رجحان قول الجمهور بجواز المرابحة من غير كراهة لعموم النصوص من الكتاب والسنة التي تدل على حل البيع دون تفريق بين عقد المرابحة وغيره من عقود البيع الا ما نص الشارع على حرمته، والأصل في العقود الاباحة مالم يرد دليل يدل على التحريم، وقد ثبت التعامل بهذا النوع من البيوع من النبي ﷺ إلى زماننا وعبر العصور الإسلامية من دون نكير من أهل العلم، ولحاجة الناس الماسة إلى هذا النوع من البيوع ووقوع الحرج لكثير من الناس عند القول بعدم جوازه، والشريعة الإسلامية ترفع الحرج والمشقة عن الناس .

وأما القول بأن فيه جهالة، فغير مسلم لأن هذه الجهالة يمكن إزالتها بالحساب.

قال الماوردي: (لا فرق بين قوله بعتك هذا الثوب بمائة وعشرة وبين قوله بعتك بمائة وربح في كل عشرة واحد، لأن كل الثمنين مائة وعشرة وإن اختلفت العبارتان).[3]

ولما كانت حجة القائلين بعدم الجواز تتخلص في الجهالة والغرر فإذا زالت الجهالة بالحساب كانت المرابحة جائزة بالاتفاق.

أما الظاهرية فإنهم يقولون بعدم الجواز لعدم ورود نص على جواز المرابحة وهم لهم منهج مستقل عن العلماء في الأخذ بظواهر النصوص دون الالتفاف إلى عللها، وهذا المنهج لا يستقيم في نظر جمهور العلماء ، وليس هذا موطن نقضه والرد عليه.

المطلب الثالث: في شروط صحة بيع المرابحة البسيطة : -

الشرط الأول : أن يكون العقد الأول صحيحاً:-

ويقصد به أن يكون البائع الأول قد ملك السلعة بعقد صحيح فإن ملك السلعة بعقد فاسد أو باطل فلا يصح أن يبيعها مرابحة، ويكون عقد المرابحة باطلاً لأن العقد الفاسد لا تثبت به ملكية الثمن وإنما تثبت به القيمة إن كان المبيع قيمياً ويثبت به المثل وليس الثمن إن كان المبيع مثلياً هذا عند الحنفية ، وأما الجمهور فلا يثبت بالعقد الفاسد ملكية الثمن.

وعلى الرأيين فإن الثمن الأول لا يثبت و لا يصح، والمرابحة بيع بالثمن الأول فلا تصح.

وإذا ملك البائع الأول السلعة بهبة او وصية فقد ذهب المالكية إلى عدم جواز بيع هذه السلعة مرابحة، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة، وليس موجوداً في هذه الصورة،

(3) : الماوردي: الحاوي الكبير 279/5 .

وعليه فلا يصح بيع المرابحة عندهم الا فيما له ثمن، وذهب الحنفية والشافعية إلى أنه يجوز أن يبيع السلعة مرابحة هنا ويبيعها على القيمة مع زيادة الربح.

قال الكمال بن الهمام: "لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية قوم قيمته ثم باعه مرابحةً على تلك القيمة فإنه يجوز".[4]

وقال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري: "لو اتهب بشرط الثواب ذَكَره وباع به مرابحة، أو بلا عوض أو ملكه بإرث أو وصية أو نحوهما ذكر القيمة وباع بها مرابحة".[5]

وماذهب اليه الجمهور أولى لأن تقويم السلع المملوكة بهذه العقود أو غيرها من أسباب الملكية من أهل الخبرة ممكن.

الشرط الثاني: العلم بالثمن الأول الذي اشترى به البائع المبيع في العقد الأول:

حيث يجب أن يعلم المشتري في المرابحة الثمن الأول الذي ملكها به البائع الأول لأن المرابحة لا تقوم إلا بناء على معرفة الثمن الأول (وهو رأس المال أو ماقامت به السلعة) ولا بد أن يكون ذلك في مجلس العقد ، فإذا افترقا قبل العلم به فإن العقد يكون صحيحاً، وللمشتري حق الخيار بعد العلم بالثمن بين إمضاء البيع أو فسخه، قال الكاساني: (وأما شرائطه فمنها ماذكرنا وهو أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح، والعلم بالثمن الأول شرط صحة البياعات كلها لما ذكرنا فيما تقدم، فإن لم يكن معلوماً له، فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس فيختار إن شاء فيجوز أو يترك فيبطل، أما الفساد للحال فلجهالة الثمن، لأن الثمن الحال مجهول).[6]

الشرط الثالث : أن يكون الثمن في البيع الأول من النقود أو المثليات:

لما كان بيع المرابحة بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم وجب أن يكون الثمن الأول من النقود أو من المثليات (المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة) فإن كان الثمن الأول في البيع الأول من القيميات كالدور والأراضي فلا يصح بيع المرابحة فيها إلا إذا كان المشتري بالمرابحة قد ملك ذلك الثمن من الدور أو الأراضي بسبب من أسباب الملك المشروعة وعندئذ يصح بيعه مرابحة إذا كان مقدار الربح معلوماً ومتميزاً عن رأس المال.

قال الزيلعي: (وشرطهما كون الثمن الأول مثلياً، لأنه إذا لم يكن مثلياً لم يعرف قدره فلا

(4) الكمال بن الهمام: شرح فتح الغرير 253/5 .

(5) زكريا الانصاري: أسنى المطالب 362/8.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع436/11 .

تحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز إلا إذا باعه بذلك البدل ممن يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم ، فحينئذٍ يجوز لإتقاء الجهالة).[7]

وذهب **الشافعية** إلى أنه يجوز أن يكون رأس المال من غير المثليات وعلى البائع أن يخبر المشتري بالمرابحة بذلك وأن يخبره بقيمته يوم الشراء ويمكن الإستعانة بأهل الخبرة كما مر عند بيان الشرط الأول .

قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري: (ويخبرالبائع وجوباً بالشراء بالعرض وقيمته حين الشراء معاً الإسلام زكريا الأنصاري (ويجبرالبائع وجوباً بالشراء بالعرض وقيمته حين الشراء معاً إن اشترى به ولا يقتصر على ذكر القيمة لأنه يشدد في البيع بالعرض فوق مايشدد في النقد).[8]

الشرط الرابع :- الا يؤدي بيع المرابحة إلى حصول الربا:

وذلك كأن يشتري المكيل أو الموزون بجنسه مع زيادة ربح والأصل في بيع المكيلات والموزونات أن يكون مثلاً بمثل ويداً بيد إذا اتحد الجنس وأما إذا اختلف جنسها فيجوز بيعها مرابحة إذا كان يداً بيدا لأن التفاضل فيها جائز شرعاً لحديث عبادة بن الصامت (فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم)[9]

الشرط الخامس :- العلم بمقدار الربح:

فإذا لم يعلم الثمن الأول كان العقد فاسداً لما فيه من الجهالة وذلك لأن الربح بعض الثمن، والعلم بالثمن شرط صحة البيوع كلها.

والثمن هو رأس المال مع التكاليف التي أنفقها على المبيع وكانت معتادة في عرف التجار مثل أجرة السمسرة والضريبة والرسوم وهذا هو رأي الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة[10] ويقول عند البيع : قام عليٌّ بكذا يقصد مجمل رأس المال زائد التكاليف الأخرى المعتادة.

وذهب **المالكية** إلى أنه لا يضاف إلى رأس المال إلا النفقات التي لها أثر على عين السلعة كالقصارة والخياطة و بالجملة النفقات التي تؤدي إلى تحويل الخام إلى منتج (التكاليف

(7) الزيلعي: تبين الحقائق 74/11 .

(8) زكريا الأنصاري: اسنى المطالب 349/8.

(9) مسلم: صحيح مسلم 259/8 حديث رقم 2970.

(10) عطية فياض : التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة في ضوء الفقه الاسلامي صـ53.

الصناعية المباشرة) أما التكاليف الإدارية و التسويقية فتضاف إلى رأس المال دون أن يحسب لها ربح.[11]

فإذا كتم من أمر السلعة شيئاً يؤثر في الثمن كالخيانة في تسمية رأس المال أو التكاليف التي تلحق به أو الخيانة في ذكر أجل الثمن الذي اشترى به السلعة أو لم يذكر البائع العيب للمشتري في المرابحة فالمشتري بالخيار في الصور السابقة بين أخذ السلعة بالثمن الذي أخبره به البائع وبين ردّ المبيع عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: في حالة العيب يُحط من الثمن مايعادل العيب ولا خيار للمشتري.

وذهب المالكية إلى أن العقد يكون فاسداً إن كان المبيع موجوداً وإن كان المبيع هالكاً فيدفع المشتري الأقل من القيمة أو الثمن من غير ربح .

ولا يجب على البائع ذكر انتفاعه بالمبيع مدة ويجب عليه بيان الزيادة المنفصلة التي جناها من المبيع، فإذا اشترى البستان وعليه الثمر بألف ثم قطف الثمار فإذا باعه وجب عليه أن يذكر أنه اشتراه بألف وعليه الثمر، وإذا اشتراه ممن يحابيه كالأب فيجب عليه البيان كذلك.

المبحث الثاني: في مفهوم بيع المرابحة المركبة وعناصرها

المطلب الأول: مفهوم بيع المرابحة المركبة (المرابحة المصرفية) :

عقد المرابحة للآمر بالشراء عقد جديد وقد عرفها د. سامي حمود بأنها (قيام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول مايطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه البنك كلياً أو جزئياً وذلك مقابل التزام الطالب لشراء ما أمر به وحسب الربح المتفق عليه).

وعرفها د. **احمد حوى** بأنها (طلب شراء للحصول على مبيع موصوف مقدم من عميل يقابله قبول من المصرف ووعد من الطرفين الأول بالشراء والثاني بالبيع بثمن يتفق عليه مسبقاً) .

وقد عرفت هيئة المحاسبة المرابحة للآمر بالشراء بأنها: (بيع المؤسسة التي عميلها "الآمر بالشراء" سلعة بزيادة محددة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة "ربح المرابحة" في الوعد وتسمى المرابحة المصرفية لتمييزها عن المرابحة العادية البسيطة وتعقترن المرابحة المصرفية بتأجيل الثمن مع أنّ هذا التأجيل ليس من لوازمها فهناك مرابحة حالةٌ أيضاً وحينئذٍ يقتصر البائع على الربح الأصلي دون مقابل الأجل) .

---

(11) المرجع السابق.

المطلب الثاني: عناصر بيع المرابحة المركبة (المصرفية) : -

من التعريف السابق يتبين لنا أن عملية بيع المرابحة المركبة (المصرفية) تتم على النحو التالي : -

أولاً:- تقديم طلب الشراء من العميل الآمر بالشراء: -

- طلب شراء مقدم من العميل للمصرف يحدد فيه مواصفات السلعة التي يطلب العميل من المصرف شراءها له ويقابله قبول من المصرف لذلك ويتم توقيع الوعد من الطرفين وهنا نأكد على أن هذا الوعد ليس هو عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء، ولذا لا يجوز شرعاً أن يوقع العميل على الوعد والعقد معاً، لأن البنك لم يمتلك السلعة بعد ولم تدخل في ضمانه.
- يجوز أن يطلب العميل من المؤسسة أن يكون شراء السلعة من جهة معينة لا غير وحينئذٍ يحق للمؤسسة الاعتذار عن المضي في العملية في حالة رفض العميل عروضاً أخرى هي الأنسب للتمويل .
- وفي حالة طلب الشراء من جهة معينة يجب على المؤسسة أن تتأكد أن الذي يبيع السلعة اليها طرف ثالث غير العميل أو وكيله ، فلا يصح أن يكون العميل هو الآمر بالشراء أو وكيله المالك الأصلي للسلعة أو أن تكون الجهة البائعة للسلعة مملوكة للعميل فإن وقع مثل ذلك البيع ثم تبين الأمر كان بيع المرابحة باطلاً .
- ويجوز للمؤسسة شراء السلعة ممن بينهم وبين الآمر بالشراء قرابة نسب أو علاقة زوجية مع العميل الآمر بالشراء ثم بيعها إليه مرابحة بالأجل، مالم تكن حيلة لبيع العينة المحرم شرعاً .
- لايجوز للمؤسسة والعميل أن يتفقا على المشاركة في مشروع أو صفقة محددة مع وعد أحدهما للآخر بشراء حصته بالمرابحة الحالة أو المؤجلة في وقت لاحق . وهذا لا يمنع أن يكون الوعد من أحد الشريكين للآخر بشراء حصته بالقيمة السوقية أو بقيمة يتفقان عليها حين الشراء (وليس الوعد) وذلك بعقد شراء جديد مستقل عن الوعد وسواء كان الشراء بثمن حال أم بثمن مؤجل .

ثانياً :- الوعد من العميل (الآمر بالشراء) :

- لا يجوز أن تشمل وثيقة الوعد على مواعدة ملزمة للطرفين (المؤسسة والعميل) .

ويجوز أن تكون المواعدة ملزمة لأحد الطرفين أو تشتمل على شرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما .

- والوعد في المرابحة ليس شرطاً لازماً من لوازمها، وإنما هو للإطمئنان إلى أن العميل عازم على تنفيذ الصفقة بعد أن تملك المؤسسة السلعة.
- يجوز للمؤسسة والعميل الآمر بالشراء بعد تعديل بنود الوعد عما كانت عليه سابقاً سواء بالنسبة للأجل أم الربح قبل ابرام عقد المرابحة.
- يجب الغاء أي ارتباط عقدي سابق بين العميل الآمر بالشراء والبائع الأصلي إن وجدت، ويشترط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقية وليست صورية.

وعليه فإنه لا يجوز تحويل العقد المبرم بين العميل الآمر بالشراء وبين البائع (المُصدّر) للمؤسسة لأن البيع في هذه الحالة من المؤسسة للعميل سيكون صورياً .

فإذا صدر من العميل جواب بالقبول على ايجاب البائع (المُصدِر) فلا يجوز للمؤسسة في هذه الحالة إجراء عملية المرابحة للآمر بالشراء لأن البيع تم حقيقة بين العميل والبائع (المُصدَر) وستكون عملية بيع المرابحة من المؤسسة للعميل الآمر بالشراء صورية.

ثالثاً:- الضمانات المتعلقة بالشروع في العملية : -

- يجوز للمؤسسة أن تحصل من العميل (الآمر بالشراء) في حالة إقتراحه بائعاً معيناً تشتري منه المؤسسة السلعة موضوع المرابحة على كفالة حسن أداء البائع الأصلي ويكون العميل ملتزماً أمام المؤسسة بصفته الشخصية وليس بصفته آمراً بالشراء ولا وكيلاً للمؤسسة، وتبقى الكفالة قائمة وإن لم يتم عقد المرابحة.

ويتحمل العميل نتيجة لهذه الكفالة الضرر الواقع على المؤسسة إذا لم يراع البائع الالتزام بالمواصفات المطلوبة أو عدم جديته في تنفيذ الإلتزام لأن المؤسسة في مثل هذه الحالات ستدخل في نزاع مع البائع وسيؤدي هذا النزاع إلى ضياع جهودها وأموالها.

- يجوز للمؤسسة أن تأخذ من العميل في حالة الالتزام بالوعد مبلغاً نقدياً يسمى هامش الجدية يدفعه العميل بطلب من المؤسسة من أجل أن **تتأكد من القدرة المالية للعميل وكذلك لتطمئن على امكان تعويضها عن الضرر اللاحق بها في حال نكول العميل عن وعده الملزم** مما يوفر على المؤسسة الجهد في المطالبة بدفع التعويضات عن الضرر فتقتطع ذلك من مبلغ الهامش ، هذا **ولا يعتبر الهامش عربوناً ، ويكون مبلغ الهامش أمانة لدى المؤسسة لا يجوز لها استثماره، ويمكن أن تستثمره المؤسسة بأسلوب المضاربة بإذن العميل،** ويكون للعميل نصيبه من الربح و عليه الخسارة إن خسرت المضاربة.
- يجوز للمؤسسة أن تقتطع من مبلغ الهامش مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة نكول العميل عن الشراء في **حالة الوعد الملزم** وهو الفرق بين تكلفة السلعة وثمن بيعها لغير

الآمر بالشراء، ولا يشمل التعويض مايسمى بالفرصة الضائعة كما لايجوز للمؤسسة حجز مبلغ الهامش في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، ولا أن تقتطع منه أي مبلغ إذا لم يحصل الضرر الفعلي الذي سبقت الإشارة إليه.

- إذا نفّذ العميل وعده بالشراء وإبرام عقد المرابحة فيجب على المؤسسة إعادة هامش الجدية للعميل، ويجوز الاتفاق مع العميل على حسم هذا المبلغ من ثمن السلعة.
- لا يجوز للمؤسسة في مرحلة المواعدة أخذ العربون من العميل، ويجوز أن تأخذ العربون بعد عقد المرابحة للآمر بالشراء.
- لا يجوز تحميل العميل الآمر بالشراء ضمان ما يطرأ على السلعة من أضرار وهلاك خلال فترة الشحن أو التخزين ولا يمكن اعتبار هذا من قبيل كفالة حسن أداء البائع التي تقتصر على حسن تنفيذ الإلتزامات ولا تتعدى إلى مخاطر الطريق التي يجب أن يتحملها مالك السلعة وهي المؤسسة .

رابعاً:- ملك المؤسسة للسلعة وقبضها لها بعد التملك :-

- يجب أن تملك المؤسسة السلعة قبل ان تبيعها مرابحة ، وعليه فلا يصح شرعاً توقيع عقد المرابحة مع العميل قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة موضوع المرابحة وقبضها حقيقية أو حكما، ويتم تعاقد المؤسسة مع البائع عن طريق لقاء مباشر أو غير مباشر بعد مناقشة تفصيلية أو عن طريق اشعارين متبادلين بالكتابة أو ا لمراسلة أو بأي شكل من أشكال الاتصالات الحديثة.
- إن قبض الأشياء يختلف حسب حالها و حسب إختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها، فكما يكون القبض حسياً في حالة الأخذ باليد أو النقل أو التحويل إلى حوزة القابض أو وكيله، يتحقق أيضاً اعتباراً وحكما بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسياً فقبض العقار يكون بالتخلية، وتمكين اليد من التصرف، فإن لم يتمكن المشتري من المبيع فلا تعتبر التخلية قبضاً، أما المنقول فقبضه بحسب طبيعته.

وعليه فإنه يعتبر قبضاً حكمياً تسلم المؤسسة أو وكيلها لمستندات الشحن عند شراء البضائع من السوق الخارجية وكذلك تسلمها لشهادات التخزين.

- الأصل أن تتسلم المؤسسة السلعة بنفسها من مخازن البائع أو من مكان التسليم حسب شروط العقد، وبتسلمها للسلعة ينتقل الضمان إليها فتتحمل المؤسسة تبعة الهلاك وبهذا يتحقق خروج السلعة من ذمة البائع وتدخل في ذمة المؤسسة، وقد نصت المعايير في البند

2/2/3 صفحة 112 على أنه (يجب أن تتضح نقطة الفصل التي ينتقل فيها ضمان السلعة من المؤسسة إلى العميل المشتري وذلك من خلال مراحل انتقال السلعة من طرف لآخر).

- يجوز للمؤسسة أن توكل غيرها في القيام بتسلم البضاعة، وبالإشارة إلى البند السابق 2/2/3 الذي نصت عليه المعايير من ضرورة توضيح نقطة الفصل في ضمان السلعة من المؤسسة إلى العميل فإنه لا يجوز توكيل العميل في إستلام السلعة تحقيقاً لهذا الشرط.

والأصل في امتلاك المؤسسة للسلعة أن تباشر المؤسسة شراء السلعة بنفسها من البائع ويجوز لها تنفيذ ذلك عن طريق وكيل غير الآمر بالشراء، ولا تلجأ لتوكيل العميل -الآمر بالشراء- إلا عند الحاجة الملحة، ولا يجوز أن يتولى الوكيل البيع لنفسه بل تبيعه المؤسسة بعد تملكها العين وذلك لتحقيق الفصل بين الضمانين، ضمان المؤسسة وضمان العميل الوكيل عن المؤسسة في شراء السلعة لصالحها وبذلك يتخلل مدة بين تنفيذ الوكالة وإبرام عقد المرابحة للآمر بالشراء من خلال الاشعار من العميل بتنفيذ الوكالة والاشراء ثم الاشعار من المؤسسة بالبيع وهذا مانصت عليه المعايير في البند 5/1/3/ صفحة 112.

ويلاحظ أن ما يجري عليه العمل في كثير من المصارف الإسلامية هو الاستثناء الذي أجيز عند الحاجة الملحة وليس هو الأصل ، فتلجأ إلى توكيل العميل (الآمر بالشراء) بالشراء نيابة عنها وقد تم وضع قيد على الحاجة الملحة لم تتم مراعاته عند التطبيق في معظم الحالات وهو عدم جواز تولي الوكيل البيع لنفسه بعد تملك المؤسسة للعين لأنه في هذه الحالة لا يتحقق الفصل بين ضمان المؤسسة وضمان العميل الوكيل عن المؤسسة في شراء السلعة لصالحها، وفي مثل هذه الحالة الاستثنائية اشترطت المعايير أن تتخلل مدة زمنية بين تنفيذ الوكالة وإبرام عقد المرابحة للآمر بالشراء.

كما أضافت المعايير أنه في هذه الحالة الإستثنائية لا بد من توافر شروط محددة في حال توكيل العميل بشراء السلعة ومنها:-

أ- أن تباشر المؤسسة دفع الثمن للبائع بنفسها وعدم ايداع ثمن السلعة في حساب العميل الوكيل .

ب- أن تحصل من البائع على وثائق للتأكد من حقيقة البيع .

والمستندات الصادرة عند إبرام عقد شراء السلعة بإسم المؤسسة وليس العميل حتى ولو كان هذا الأخير وكيلاً عنها .

خامساً:- إبرام عقد المرابحة :-

بعد امتلاك المؤسسة السلعة وقبضها فإن للمؤسسة أن تبرم عقد بيع المرابحة للآمر

بالشراء بناء على الوعد الملزم، ومع ذلك لا يجوز لها أن تجبر الآمر بالشراء على إبرامه كما لا يجوز إجباره على تسلم السلعة وسداد ثمنها في حال امتناعه عن إبرام العقد.

- ويحق للمؤسسة الحصول على التعويض عن الضرر الفعلي الناشئ عن نكول العميل - في حال الوعد الملزم - وهو الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المبيعة للغير وبين الثمن الأصلي المدفوع من المؤسسة للبائع الأول، ولا يتضمن هذا التعويض ما يسمى بالفرصة الضائعة.[12]
- إذا امتنع العميل عن تسلم السلعة بعد إبرام عقد المرابحة في الموعد المحدد فإنه يحق للمؤسسة فسخ العقد أو بيع السلعة نيابة عن العميل ولحسابه وتستوفي مستحقاتها من الثمن، وترجع عليه بالباقي إن لم يكن الثمن كافياً لوفاء مستحقاتها عليه.
- للمؤسسة أن تشترط في عقد المرابحة براءتها من العيوب جميعها أو بعضها ، ولها في هذه الحالة أن تفوض العميل بالرجوع على البائع الأول بشأن التعويض عن العيوب ولحساب العميل.
- إذا لم تشترط المؤسسة في عقد المرابحة البراءة من العيوب مطلقاً فإنها تكون مسؤولة عن العيوب الخفية القديمة التي يظهر أثرها بعد العقد.
- التأمين على السلعة مسؤولية المؤسسة بعد تملكها للسلعة، وتقوم بهذا الإجراء على حسابها بإعتبارها مالكة للسلعة وتتحمل المخاطر المترتبة على ذلك، ويكون التعويض من حقها وحدها وليس للعميل حق فيه إن حدث موجب التعويض قبل انتقال الملكية إلى العميل، وللمؤسسة أن تضيف مصروفات التأمين إلى تكلفة المبيع وبالتالي إلى ثمن بيع المرابحة.
- يجوز الإتفاق على سداد ثمن السلعة في بيع المرابحة للآمر بالشراء على أقساط ويصبح ثمن السلعة ديناً في ذمة العميل يجب أداؤه عند الأجل المتفق عليه، وإذا تأخر العميل عن السداد في الموعد المحدد فليس للمؤسسة أن تزيد في مقدار الدين سواء كان التأخير لعذر أو لغير عذر.
- يجب أن يكون ثمن السلعة في بيع المرابحة للآمر بالشراء وربحها محدداً ومعلوماً للطرفين عند التوقيع على العقد ولا يجوز ترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل مثل مؤشر الليبور الذي سيقع في المستقبل، لكن ذكر مثل هذا المؤشر في مرحلة الوعد للاستئناس به عند تحديد الثمن والربح وقت العقد جائز شرعاً، شريطة أن لا يبقى الربح مرتبطاً بالليبور أو بالزمن.

(12) انظر الفقرة 2/4 ص114، والفقرة 4/5/2 ص 111 من المعايير .

- لا يجوز للمؤسسة أن تضيف إلى تكلفة السلعة الا المصروفات المالية المباشرة المدفوعة للغير، فليس لها أن تضيف إلى الثمن مقابل أعمال موظفي المؤسسة أو نحو ذلك.
- وإذا حصلت المؤسسة على حسم من البائع على السلعة المبيعة نفسها ولو بعد العقد فإن العميل يستفيد من ذلك الحسم بتخفيض الثمن الإجمالي بنسبة الحسم.
- يجب على المؤسسة الإفصاح للعميل عن الأجل إذا اشترت السلعة بالأجل بقصد بيعها مرابحة كما يجب أن تبين جميع المصروفات التي ستدخل في الثمن، أما إذا لم تفعل ذلك فليس لها أن تضيف إلا المصروفات التي جرى العرف بإعتبارها من التكلفة .

سادساً :- ضمانات المرابحة ومعالجة المديونية : -

- يجوز للمؤسسة أن تشترط على العميل حلول جميع الأقساط المستحقة قبل مواعيدها في حال امتناعه أو تأخره عن أداء أي قسط من دون عذر معتبر، وعلى المؤسسة أن تشعر العميل بذلك بعد مدة معينه من تأخره عن الدفع باستحقاق جميع الأقساط.
- للمؤسسة أن تطلب من العميل ضمانات مشروعة مثل الكفيل أو رهن الوديعة الإستثمارية أو أي حال منقول أو غير منقول أو رهن السلعة محل العقد رهناً إئتمانياً دون حيازة كما يتم في بيع السيارات مرابحة .

ويجوز للمؤسسة أن تطلب من العميل شيكات أو سندات لأمر شريطة عدم إستخدام هذه الشيكات أو السندات إلا في مواعيد استحقاقها ، وإذا كانت القوانين تسمح بصرف الشيك قبل إستحقاقه فلا يجوز للمؤسسة أن تأخذ الشيكات ضماناً للدين .

وفي حالة الرهن فإن للمؤسسة أن تشترط عليه في عقد المرابحة تفويضه لها ببيع الرهن والإستيفاء من ثمنه دون الرجوع للقضاء .

- لا يجوز للمؤسسة إعادة جدولة الدين مقابل زيادة في مقداره .
- لا يجوز للمؤسسة أن تشترط على العميل عدم انتقال ملكية السلعة اليه الا بعد سداد الثمن ويجوز لها إرجاء تسجيل السلعة باسم العميل لغرض ضمان سداد الثمن ، وفي جميع الأحوال يجب أن يحصل العميل على سند ملكيته للسلعة .
- إذا ماطل العميل في سداد الدين فإن المستحق عليه فقط هو سداد الدين ولا يجوز للمؤسسة أن تلزم العميل بأداء أي زيادة لصالحها .

ويجوز أن ينص في عقد المرابحة للآمر بالشراء على إلتزام العميل بدفع مبلغ أو نسبة من الدين تصرف في الخيرات في حالة تأخره عن السداد في مواعيدها المقررة أخذاً برأي

المالكية القائل بأن الالتزام بالتبرع يكون ملزماً للمتبرع وتصرف بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية.

- يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته إذا لم يكن شرطاً متفقاً عليه في العقد .

المبحث الثالث: في مشروعية بيع المرابحة للآمر بالشراء وأحكامها

بعد بيان عناصر عملية بيع المرابحة للآمر بالشراء وبشروط التي تتضمنها عملية المرابحة للآمر بالشراء في مرحلتي الوعد والعقد بحيث أصبحت نقاط الالتقاء والافتراق بينها وبين المرابحة البسيطة واضحة فإنه يجدر بنا أن نتحدث عن مشروعية هذا العقد عند العلماء .

اختلف العلماء المعاصرون في مشروعية هذا العقد على رأيين :-

الرأي الأول: -

يقول: يجوز بيع المرابحة للآمر بالشراء مع كون الوعد ملزماً لأحد طرفي العقد ومن هؤلاء د. القرضاوي، د. الصديق الضرير، د. ابراهيم فاضل، د. سامي حمود، د. علي السالوس والشيخ عبد الحميد السائح وآخرون من أهل العلم.

واستدلوا على المشروعية بما يأتي :-

1- بعموم النصوص من الكتاب والسنة الدّالة على حل جميع أنواع البيوع الا ما استثناه الدليل الخاص وقد سبق ذكر هذه الأدلة عند الحديث على مشروعية المرابحة البسيطة .

2- الأصل في المعاملات الإباحة الا ماجاء نص صحيح صريح الدلالة بمنعه وحرمته ، وهذا بخلاف العبادات التي الأصل فيها المنع حتى يأتي نص من الشارع بجوازها لئلا يشرع الناس في الدين مالم يأذن به الله تعالى ، والقاعدة عند أهل العلم أن الله تعالى لا يعبد الا بما شرع ، فمن ادّعى أن هذا العقد حرام فعليه إقامة الدليل على ذلك.[13]

3- ورد عن بعض فقهاء السلف ما يفيد بجواز هذا العقد ومن ذلك:-

أ- جاء في كتاب الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني وكتاب الحيل في المبسوط للسرخسي عن محمد بن الحسن الشيباني قال : قلت : أرأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمر بألف درهم ومائة درهم ، فأراد المأمور شراء الدار ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يأخذها فتبقى في يد المأمور كيف الحيلة في ذلك؟

قال : يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ويقبضها ويجئ الآمر ويبدأ

(13) القرضاوي: بيع المرابحة ص13.

فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم فيقول المأمور: هي لك بذلك ، فيكون ذلك للآمر لازماً ويكون استيجاباً من المأمور للمشتري أي ولا يقول المأمور مبتدئاً بعتك إياها بألف ومائة لأن خياره يسقط بذلك فيفقد حقه في إعادة البيت إلى بائعه، وإن لم يرغب الآمر في شرائها تمكن المأمور من ردّها بشرط الخيار فيدفع عنه الضرر بذلك).[14]

و قد ذكر ابن القيم هذه الصورة في اعلام الموقعين في أمثلة الحيل الجائزة.[15]

ويلاحظ أن هذه الصورة شبيهة ببيع المرابحة للآمر بالشراء لاحتوائها على وعد بالشراء ثم عقد مرابحة وقد ذكر محمد بن الحسن الخيار هنا وذلك احتياطاً للمشتري الأول لأن الحنفية لا يقولون بلزوم الوفاء بالوعد الملزم قضاء.[16]

ب- جاء في كتاب الام للشافعي (إذا أرى الرجلُ الرجلَ السلعة فقال: أشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشتراها الرجل ، فالشراء جائز والذي قال أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً وإن شاء تركه، وهكذا إن قال: اشتر لي متاعاً ووصفه له أو متاعاً أي متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء ، يجوز البيع الأول ويكون هذا فيما أعطي من نفسه بالخيار، وسواء في هذا ماوصفت إن كان قال ابتاعه واشتريه منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الآخر فإن حدداه جاز، وإن تبايعا به على أن الزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع والثاني: أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا).[17]

ويلاحظ أن هذه الصورة شبيهة ببيع المرابحة للآمر بالشراء وجاءت صورة عدم الجواز فيها في حالة أن يكون الوعد ملزماً من الطرفين لأن يؤدي إلى أن يكون عقد المرابحة قد تم قبل أن يملك البائع السلعة أو لأن العقد الثاني علق على العقد الأول فكان بينهما تلازماً وفي عقد المرابحة للآمر بالشراء ينبغي أن يكون الوعد الملزم من طرف واحد لا من الطرفين، وأن لا يعلق عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء على الوعد بالشراء فالآمر بالخيار إن شاء اشترى وإن شاء عدل عن الشراء، كما جاء في نص المعيار1/4 لا يجوز للمؤسسة الزام العميل الآمر بالشراء يتسلم السلعة وسداده ثمن بيع المرابحة في حال امتناعه عن ابرام عقد المرابحة.

---

(14) ابو بكر زيد: المرابحة للآمر بالشراء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 5 ، مجلة 978/2.

(15) ابن القيم: اعلام الموقعين 302/4.

(16) أحمد حوى: صور النحابل على ص215.

(17) الشافعي: الأم347/7.

د- يرى ابن شبرمه أن الوعد بالالتزام إن كان لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً فإنه يكون ملزماً قضاء وديانة.[18]

وبيع المرابحة للآمر بالشراء ينطبق عليه قول ابن شبرمة بالحل فيكون الوعد ملزماً قضاء وديانة .

هـ- ويرى المالكية أيضاً القول بلزوم الوعد ديانة ومايلزم ديانه يمكن الإلزام به قضاء، وماورد عن المالكية في صور بيع العينة من تحريم صورة تشبه بيع المرابحة للآمر بالشراء سببه احتواء المعاملة على وعد بالمرابحة يتلوه عقد بيع، والمالكية يقولون بلزوم الوفاء بالوعد ديانة وقضاء فيصبح بين الوعد والعقد تلازم بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر فيؤول الأمر إلى الربا، وهذا بخلاف الشافعية والحنفية الذين لا يقولون بلزوم الوعد، والصورة التي أوردها المالكية هي أن يقول رجل لآخر اشتر لي سلعة كذا وكذا بعشرة نقداً وأنا أبتاعها منك بإثني عشر إلى أجل، فذلك حرام لا يجوز لأنه رجل زاد في سلعة.[19]

و- عرض موضوع المرابحة للآمر بالشراء علي مؤتمر المصرف الاسلامي الأول الذي عقد في دبي عام 1399هـ حيث جاءت توصية المؤتمر بالجواز ونصها ((إن مثل هذا التعامل يتضمن وعداً من عميل المصرف بالشراء في حدود الشروط المنوه عنها، ووعداً آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقاً للشروط، إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاء طبقاً للمذهب المالكي وهو ملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانة للطرفين يمكن الالتزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأمكن للقضاء التدخل فيه)).[20]
كما عرض موضوع المرابحة للآمر بالشراء على المؤتمر الثاني المنعقد في الكويت وجاء في قرار المؤتمر "يقرر المؤتمر أن المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراه وحيازتها ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الموعد السابق هو أمر جائز شرعاً طالما كانت تقع على المصارف الإسلامية مسؤولية الهلاك قبل التسليم وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي.

وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للآمر أو المصرف أو كليهما فإن الأخذ بالإلتزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل وإستقرار المعاملات ، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل، وإن

(18) احمد علي عبد الله : ص121.

(19) الدردير: الشرح الصغير 291/4.

(20) القرضاوي: بيع المرابحة ص 10-11.

الأخذ بالالزام أمر مقبول شرعاً، وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في مسألة القول بالإلزام حسب ماتراه هيئة الرقابة الشرعية لديه.(21)

الرأي الثاني: يرى أن بيع المرابحة للآمر بالشراء غير جائز شرعاً وبهذا قال عدد من العلماء منهم محمد الأشقر ، رفيق المصري و د. رامز العزيزي.(22)

واستدلوا :-

1- بأن بيع المرابحة للآمر بالشراء هو بيع ما لا يملكه الانسان وقد نهى النبي -ﷺ- عن بيع مالم يملك فقد ورد في حديث حكيم بن حزام أنه أتى النبي -ﷺ- فقال له: يارسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع وليس عندي فأبتاعه من السوق ثم أبيعه ، فقال: لا تبع ما ليس عندك).(23)

وهذا ينطبق على البنك عندما يقوم ببيع السلعة للعميل ليست عنده ولا يملكها.(24)

2- يدخل هذا البيع في باب الحيلة على الاقراض بفائدة حيث تَحَيلَ في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، وجعل بينهما سلعة محللة.(25)

وهو بيع العينة المنهي عنه في قوله ﷺ (إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد في سبيل الله سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى تعودوا إلى دينكم).

3- هذه المعاملة تتضمن بيعتين في بيعة وقد نهى النبي -ﷺ- عن ذلك فعن أبي هريرة عن رسول الله -ﷺ- (أنه نهى عن بيعتين في بيعة) .

وفي بيع المرابحة للآمر بالشراء بيعتين كلاهما مبنية على الأخرى، أما الأولى فهي بين العميل والمصرف وأما الثانية فهي التي تكون بين المصرف والبائع الذي يملك السلعة التي طلبها العميل من المصرف، وحصول الأولى متوقف على حصول الثانية .

4- أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان ملزماً يدخل في مضمون بيع الدين بالدين وهو منهي عنه لأن بيع المرابحة مع الإلزام بالوعد يفضي إلى بيع مؤجل البدلين فلا المصرف يسلم السلعة في الحال ولا العميل يسلم الثمن وفي المرابحة ما لجأ المشتري إلى المصرف

(21) القرضاوي: بيع المرابحة 10-11

(22) رامز العزيزي: الحكم الشرعي لبيع المرابحة ص39 و محمد الأشقر: بيع المرابحة ص2 ورفيق المصري: بيع المرابحة ص21

(23) رواه احمد و اصحاب السنن الأربعة

(24) محمد الأشقر بيع المرابحة ص72

(25) المرجع السابق ص 73

إلا من أجل المال والمصرف لم يشتر هذه السلعة الا بقصد أن يبيعها بأجل إلى المشتري.

فقد روى أن السيدة عائشة سُئِلت عن إمرأة باعت عبداً الي زيد بن أرقم بـ 800 درهم إلى أجل ثم احتاج زيد إلى ثمنه فاشترته المرأة منه بـ 600 درهم نقداً فقالت السيدة عائشة لها: "بئسما بعت وبئسما اشتريت ، أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله -ﷺ- إن لم يتب" .

مناقشة أدلة المانعين:-

1- إن عدم قول العلماء السابقين بحل هذا البيع لا يدل على حرمته، فالصورة لم تكن موجودة عندهم وباب الإجتهاد لم يغلق وقد وجدنا من يقول بالوعد الملزم والأخذ بالوعد في المرابحة يكون جائزاً مادام أنه ليس ملزماً للطرفين .

والقول بأن المرابحة فيها بيع ما لا يملكه الشخص غير صحيح، إذ المراد من الحديث أن لا يبيع الإنسان ما ليس في ملكه أو أن المراد النهي عن بيع السلعة قبل قبضها وهذا لا يتحقق في بيع المرابحة لأن المؤسسة لا تبيع السلعة الا بعد أن تملكها وأن تقبضها، وقد تبينا من ذكر عناصر عملية بيع المرابحة أنه يجب الفصل بين الوعد والعقد ، لأن الآمر بالشراء ليس ملزماً بشراء السلعة من المؤسسة ولا يجبر على ذلك، ولا يجوز أخذ العربون منه، ولا يتحمل من الضرر إلا الفرق بين ثمن السلعة الذي دفعه البنك وثمن بيعها عند رفض الآمر بالشراء إجراء عقد المرابحة، وإذا لم يوجد فرق فإنه لا يتحمل شيئاً. وما كان ذلك الا نتيجة الوعد.

والقول بأن بيع المرابحة صورة من صور بيع العينة غير صحيح لأن العينة إنما تكون في النقود وليس في السلع ويراد من العينة التحايل للوصول إلى الربا وليس القصد عند طرفي العقد في المرابحة بيع النقود أوالوصول إلى الربا.

كما أن بيع المرابحة ليس من قبيل بيع الدين بالدين لأن هذا البيع معناه: أن يبيعه قنطار حنطه مثلاً بـ 500 دينار على أن يتسلم العوضين بعد شهر أو معناه أن يشتري قنطار الحنطة بـ 500 دينار إلى أجل فإذا جاء الأجل ولم يجد المشتري مالاً قال للبائع يعني القنطار إلى أجل آخر بزيادة الثمن إلى 600 دينار فيبعه ولا يجري بينهما قبض فيكون في معنى زدني في الأجل أزدك في القدْر.

بعد هذا البيان يتضح لنا أن حجج القائلين بالمنع مدفوعة ومرجوحة وأن بيع المرابحة للآمر بالشراء من البيوع الجائزة شرعاً، شريطة اتباع الاجراءات التي سبق بيانها.

مراجع الفصل الثاني

1- الأشقر: د. محمد سليمان الأشقر، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، مكتبة الفلاح، بيروت.

2- البخاري: محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت 1987م، وصحيح البخاري مع فتح الباري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1951م.

3- بكر: د. بكر أبو زيد: المرابحة للآمر بالشراء، بحث منشور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 5، ج2.

4- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد شاكر، دار الفكر، وطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.

5- حمود: د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط2، 1989، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان.

6- حوى، د. أحمد سعيد، صور التحايل على الربا، دار ابن حزم، 2007م.

7- الدردير: أبو البركات أحمد، الشرح الكبير على مختصر خليل، المكتبة العصرية، بيروت، 2006م.

8- الرازي: محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1995م.

9- الزرقا: مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ط1، دار البشير، جدة، 1418هـ.

10- الزرقاني: عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م.

11-- الشافعي: الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط1، 1420هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

12- الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، ط1، 1420هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

13- الشوكاني: محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

14- عبد الله: د. أحمد علي عبد الله، المرابحة: أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، ج1، 1407هـ، الدار السودانية للكتب، الخرطوم.

15- العزيزي، د. محمد رامز عبد الفتاح، الحكم الشرعي لبيع المرابحة، المطابع التعاونية، 2004م.

16- فياض: د. عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة في ضوء الفقه الإسلامي، ط1، 1999م، دار نشر للجامعات، مصر.

17- القرضاوي: د. يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1978م.

18- ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، المغني على المقنع، مكتبة ابن تيمية.

19- ابن القيم: أبو عبد الله محمد المعروف بابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت، 1973م.

20- الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، 1418هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت.

21- الأنصاري: أبو يحيى زكريا الإنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط1، 1422هـ، دار الكتب العلمية بيروت.

22- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م.

23- المدونة: مالك بن أنس الأصبحي، المدونة رواية سحنون بن سعيد التنوخي، دون ناشر.

24- ابن المرتضى: أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ط1، 1422هـ،، دار الكتب العلمية، بيروت.

25- المصري، د. رفيق يونس المصري، بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية، بحث منشور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 5 ج2.

26- ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت.

27- الميرغيناني: برهان الدين الميرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار التراث العربي، بيروت.

28- ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ط1، 124هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

29- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المنامة، البحرين، 2010م.

الفصل الثالث

معيار السلم والسلم الموازي

- المبحث الأول: مفهوم السلم ومشروعيته ومقوماته وشروطها.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في مفهوم السلم لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية عقد السلم.

المطلب الثالث: مقومات عقد السلم وشروطه.

- المبحث الثاني: أحكام عقد السلم و الآثار المترتبة عليه.
- المبحث الثالث: التمويل بالسلم في البنوك والمؤسسات الإسلامية ومزاياه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التمويل بالسلم في البنوك والمؤسسات الإسلامية.

المطلب الثاني: مزايا عقد السلم.

المبحث الأول: مفهوم السلم ومشروعيته ومقوماته وشروطها

المطلب الأول: مفهوم السلم في اللغة والاصطلاح

السلف والسلم في اللغة بمعنى واحد: جاء في لسان العرب: والسلم بالتحريك السلف، وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد. وسُمّي السلم بذلك لأن المشتري يقدم الثمن عند العقد[1]، وقيل: السلف أعم من السلم، إذ في السلف تقديم رأس المال، والسلم: تسليمه في المجلس فكان السلف أعم[2]. ولأن السلف يتضمن السلم والقرض فالعرب تسمي القرض سلفاً[3]، وحكى الماوردي: أن السلف لغة أهل العراق، والسلم لغة أهل الحجاز[4].

والسلم في الاصطلاح: اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً وللمشتري في المثمن آجلاً فالمبيع يسمى مسلماً فيه والثمن يسمى رأس المال والبائع يسمى مسلماً إليه والمشتري يسمى رب السلم[5].

وعليه فإن السلم يتحقق بوجود الأمور التالية:

1- الصيغة:

- صيغة العقد بالألفاظ الدالة عليه.

2- العاقدان وهما:

- رب السلم وهو المشتري.
- والمسلم إليه وهو البائع.

3- محل العقد وهو:

- المسلم فيه وهو المبيع محل العقد.
- والثمن وهو رأس المال وهو محل العقد.

وقد عرفه الفقهاء بتعريفات تتفق مع مفهوم كل منهم لعقد السلم وما يشترط فيه من شروط

(1) الرازي، مختار الصحاح، ج1، ص131، وابن منظور، لسان العرب، ج12، ص292-295 مادة سلم.

(2) الشوكاني: نيل الأوطار 343/5.

(3) ابن منظور: لسان العرب 59/9.

(4) الشوكاني: نيل الأوطار 343/5.

(5) الجرجاني، علي بن محمد (ت597هـ)، التعريفات، ج1، ص160.

فالشافعية مثلاً ذكروا في التعريف اللفظ الذي يتم به العقد فعرفه الشافعية بأنه بيع موصوف في الذمة بلفظ السلم[6].

وعرفه الحنفية بأنه: عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلاً وفي المثمن مؤجلاً[7].

وعرفه المالكية بأنه: بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل[8].

وعرفه الحنابلة بأنه: بيع موصوف في الذمة إلى أجل بثمن مقبوض في المجلس[9].

عرفه القانون المدني الأردني في المادة (533) بأنه: بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل[10].

وعليه فإن السلم نوع من البيع، ولكن لمّا اختص بحكم وهو تعجيل الثمن، اختص باسم كالصرف، لما اختص بوجوب تعجيل البدلين اختص باسم، ويطلق على السلم: بيع المفاليس[11].

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[12]وخالفهم في ذلك ابن حزم الظاهري[13]، حيث ذهب إلى أن السلم ليس من أنواع البيع، بل هو عقد مستقل بذاته، قال في المحلى: "السلم ليس بيعاً، لأن التسمية في الديانات ليست إلا لله عز وجل على لسان رسوله - ﷺ - وإنما سماه رسول الله -ﷺ - السلف أو التسليف أو السلم، والبيع يجوز بالدنانير وبالدراهم حالاً إلى غير أجل مسمى وإلى ميسرة، والسلم لا يجوز إلا إلى أجل مسمى، والبيع يجوز في كل متملك لم يأت النص بالنهي عن بيعه، ولا يجوز السلم إلا في مكيل أو موزون فقط، ولا يجوز في حيوان ولا مذروع ولا معدود وفي لا شيء غير ما ذكرنا، والبيع لا يجوز فيما ليس عندك، والسلم يجوز فيما ليس عندك، والبيع لا يجوز البتة إلا في شيء بعينه، ولا يجوز السلم في شيء بعينه أصلاً[14].

---

(6) الانصاري، محمد بن أحمد، منهج الطلاج45/1.

(7) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، 187/3.

(8) الدردير: الشرح الكبير 195/3.

(9) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع، ج٤، ص177، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، 3م، ج2، ص136.

(10) القانون المدني الأردني، المادة (533).

(11) الموودي: الاختيار لتعليل المختار 34/2.

(12) ابن نجيم، زين العابدين (ت926هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 8م، ج6، ص168. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص195. الانصاري، منهج الطلاب، ج1، ص45. البهوتي، الروض المربع، ج2، ص136.

(13) ابن حزم، علي بن احمد بن سعيد، (ت456هـ)، المحلى بالآثار، 11م. ج9، ص105.

(14) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج9، ص105.

المطلب الثاني: مشروعية عقد السلم

استدل الفقهاء على مشروعية عقد السلم من القرآن الكريم والسنة الشريفة وإجماع العلماء والمعقول.

1- فمن القرآن الكريم: قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾[15].

قال ابن عباس –رضي الله عنه– في سبب نزولها أنها نزلت في السلم خاصة[16].

وروى الشافعي عن ابن عباس – رضي الله عنه – أنه قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن الله فيه ثم قرأ هذه الآية[17] فدل هذا النقل أن هذه الآية وردت في إباحة السلم ثم دل عليه من نفس الآية قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَا﴾[18] وهذا في البيع الناجز فدلّ على أن ما قبله في غير الناجز[19].

2- ومن السنة: – ما أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين: "عَنْ أَبِي الْمِنْهَالِ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا قَالَ: قَدِمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الْمَدِينَةَ، وَالنَّاسُ يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَرِ الْعَامَ وَالْعَامَيْنِ، أَوْ قَالَ: عَامَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً، شَكَّ إِسْمَاعِيلُ، فَقَالَ: مَنْ سَلَّفَ فِي تَمْرٍ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ" حدثنا محمد أخبرنا إسماعيل عن بن أبي نجيح بهذا في كيل معلوم ووزن معلوم[20].

– ما أخرجه البخاري في صحيحه عن محمد بن أبي المجالد قال: "بَعَثَنِي عَبْدُ اللهِ بْنُ شَدَّادٍ وَأَبُو بُرْدَةَ إِلَى عَبْدِ اللهِ بْنِ أَبِي أَوْفَى رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا، فَقَالَا: سَلْهُ، هَلْ كَانَ أَصْحَابُ النَّبِيِّ ﷺ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ يُسْلِفُونَ فِي الْحِنْطَةِ؟ قال عَبْدُ اللهِ: كُنَّا نُسْلِفُ نَبِيطَ[21] أَهْلِ

(15) سورة البقرة، آية: 282.
(16) القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، تفسير القرطبي، 377/3، والطبري: محمد جرير، تفسير الطبري،116/3.
(17) الشافعي: الأم، 93/3، والشيرازي: المهذب، 303/1، والشوكاني: نيل الأوطار 343/5.
(18) سورة البقرة، آية: 282.
(19) الشافعي: الأم 93/3، والشيرازي: المهذب 303/1.
(20) البخاري، محمد بن إسماعيل (ت256هـ)، الجامع الصغير، 6م، تحقيق: مصطفى البغا، كتاب السلم. باب السلم في كيل معلوم، حديث (2124)، ج2، ص781. مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت261هـ)، صحيح مسلم، 5م، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب المساقاة، باب السلم، حديث (1604)، ج3، ص1226. متفق عليه.
(21) وفي رواية "أنباط".

الشَّأْمِ فِي الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْتِ، فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أجَلٍ مَعْلُومٍ. قُلْتُ: إِلَى مَنْ كَانَ أَصْلُهُ عِنْدَهُ؟ قال: مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ عَنْ ذَلِكَ. ثُمَّ بَعَثَانِي إِلَى عَبْدِالرَّحْمَنِ بْنِ أَبْزَى، فَسَأَلْتُهُ فَقَال: كَانَ أَصْحَابُ النَّبِيِّ ﷺ يُسْلِفُونَ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ، وَلَمْ نَسْأَلْهُمْ: أَلَهُمْ حَرْثٌ أَمْ لا"[22].

- وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره"[23].

- وما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم[24].

3- وأما الإجماع: فقد انعقد الإجماع في زمن الصحابة على مشروعية السلم ولم يخالف بعدهم إلا ما حُكي عن سعيد بن المسيب من رواية شاذة أبطل فيها السلم ومنعه، وروايته إن صحت فهي مردودة بإجماع الصحابة[25].

ونقل ابن المنذر إجماع العلماء على مشروعية السلم، حيث تعامل به الناس منذ عهد النبي - ﷺ - جاء في كتاب الإجماع: "وأجمعوا على أن السلم الجائز أن يسلم الرجل صاحبه في طعام معلوم موصوف من طعام أرض عامة لا يخطئ مثلها بكيل معلوم، أو وزن معلوم، إلى أجل معلوم، ودنانير ودراهم معلومة، يدفع ثمن ما أسلم فيه قبل أن يتفرقا من مقامهما الذي تبايعا فيه، ويسميان المكان الذي يقبض فيه الطعام، فإذا فعلا ذلك وكانا جائزي الأمر كان صحيحاً[26].

4- وأما دليل مشروعيته من القياس والمعقول:

وذلك بقياس تأجيل المثمن في عقد السلم على تأجيل الثمن في عقد البيع، جاء في مطالب أولي النهى: "... لأن المثمن أحد عوضي البيع فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن"[27].

وقال ابن قدامة: فكما يجوز أن يكون الثمن في الذمة في البيع يجوز أن يكون المثمن في الذمة[28].

كما أن حاجة الناس إليه تدل على مشروعيته.

فأصحاب الزروع يحتاجون المال للنفقة على عيالهم وزروعهم، وأصحاب رأس المال

(22) البخاري، صحيح البخاري، كتاب السلم، باب السلم إلى من ليس عنده أصل، حديث (2128)، ج2، ص782.
(23) أبو داود: السنن، باب السلف لا يحول، وابن ماجة في سننه في كتاب التجارات، والشوكاني: نيل الأوطار 342/5.
(24) الكاساني: بدائع الصنائع، 202/5.
(25) ابن قدامة، المغني، 338/4، وابن الهمام: فتح القدير، 70/7.
(26) ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت318هـ)، الإجماع، 1م، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، ط3، 1981م، ص93.
(27) السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، ص207.
(28) ابن قدامة، المغني، 339/4

يحتاجون سلعاً بسعر أقل من سعر السوق المعتاد[29]. ولذلك سمي السلم ببيع المحاويج. يقول القرطبي في تفسيره: "وأرخص في السلم لأن السلم لما كان بيع معلوم في الذمة كان بيع غائب تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج"[30]

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن السلم قد شرع على خلاف القياس وعليه فإن مشروعيته كانت رخصة لحاجة الناس إليه وذلك لأنه بيع معدوم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الناس عن بيع المعدوم وعن بيع ما ليس عندهم[31].

وذهب ابن حزم وابن تيمية وابن القيم إلى أن عقد السلم مشروع على وفق القياس وهو كالبيع الذي يجوز فيه تأجيل الثمن فجاز هنا تأجيل المثمن والقول بالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان إنما هو من كلام الفقهاء وليس حديثاً عن النبي صلى الله عليه وسلم[32].

المطلب الثالث: مقومات عقد السلم وشروط صحتها

نعني بالمقومات الأركان والشروط التي يستلزم العقد وجودها، فإذا فقدت أو فقد بعضها لا يكون العقد صحيحاً، ومقومات عقد السلم هي المقومات العامة لسائر عقود المعاوضات وهي:

- الصيغة (الإيجاب والقبول).
- العاقدان (المسلم والمسلم إليه).
- محل عقد السلم (رأس مال السلم الثمن)، المسلم فيه (المثمن).

ونتحدث عن مفهوم هذه المقومات وشروطها فيما يأتي:-

1- **الصيغة**: ويشترط فيها ما يشترط في صيغة عقد البيع من أن تكون دالة على إنشاء العقد والجزم وعدم التسويف فيه. وأن تكون بصيغة الماضي لتفيد الجزم، وتجوز بلفظ المضارع والأمر إذا قامت القرينة على إرادة الجزم وعدم التسويف وأن تكون واضحة مفهومة من قبل طرفي العقد وأن يتفق فيها الإيجاب مع القبول وأن لا يفصل بين الإيجاب والقبول

(29) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص177. السيوطي، مطالب أولي النهى، ج3، ص207. ود. العساف، عدنان، عقد بيع السلم وتطبيقاته المعاصرة ص32.

(30) القرطبي: الجامع لأحكام القران، 379/3.

(31) زكريا الانصاري، اسنى المطالب، 122/2، والسرخسي: المبسوط، 124/12. والبهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع 289/3، والدسوقي: الحاشية، 195/3.

(32) ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، 19/2، وابن تيمية، مجموع الفتاوى، 529/20، وابن حزم، المحلى بالآثار، 105/9.

فاصل بحيث يفهم السامع عدم اتصال الإيجاب بالقبول وأن تتم في مجلس العقد وأن لا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، وتصح بكل لفظ يدلّ على إرادة السلم سواء كان صريحاً بلفظ السلم أو غيره.

وقد اختلف الفقهاء في انعقاده بلفظ البيع على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء[33] إلى انعقاد السلم بلفظ البيع، لأن السلم أحد أنواع البيع، فيصح تسميته بيعاً، وعقد السلم، بيع موصوف في الذمة، بثمن معجل[34].

الرأي الثاني: ذهب ابن حزم الظاهري إلى عدم انعقاد عقد السلم بلفظ البيع[35]، وإلى ذلك ذهب زفر من الحنفية[36]، وبعض الشافعية[37]وحجتهم أن السلم إذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً، ولا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس، والسلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه.

وأميل إلى ترجيح رأي جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى انعقاد عقد السلم بلفظ البيع، لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني وأثر الخلاف أنه إن تم بلفظ البيع فلا يلزم تعجيل الثمن في المجلس على الرأي الثاني شريطة أن لا يفضي إلى بيع الكالئ بالكالئ، ويلزم تعجيل الثمن على الرأي الأول عملاً بمقصود المتعاقدين بإرادة السلم إذا دلت القرينة على عملها.

اشتراط الخيار في عقد السلم:

أشرنا إلى أنه يجب أن تكون صيغة العقد دالة على الجزم وعدم التسويف، وعليه فإن اشتراط الخيار للعاقدين أو أحدهما يجعل عقد السلم فاسداً، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة[38] لأن شرط الخيار ثبت في البيع على خلاف القياس، والسلم فيه معنى الغبن أو الغرر ولذا يسمى بيع المفاليس فلا يضاف إليه غرر آخر.

وذهب المالكية إلى القول بجواز خيار الشرط للمتعاقدين أو أحدهما[39] وجعلوا حده الأقصى ثلاثة أيام، يجوز للمتعاقدين خلالها الرجوع عن العقد وفسخه ما دام رأس المال (الثمن) غير مقبوض.

---

(33) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص168، الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص195، الانصاري، منهج الطلاب، ج1، ص45. البهوتي، الروض المربع، ج2، ص136.

(34) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند 2/2، ص169.

(35) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج9، ص105.

(36) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص201-202.

(37) الشيرازي، المهذب، ج1، ص298.

(38) الكاساني: بدائع الصنائع، 202/5، والسرخسي، المبسوط، 127/12، والشيرازي: المهذب، 297/1، والبهوتي: كشاف القناع، 204/3.

(39) عليش: منح الجليل، 5/3.

ومما تجدر الإشارة إليه ثبوت خيار العيب في السلم للحاجة إليه، وعدم ثبوت خيار الرؤية.

1- **العاقدان:** ويشترط فيهما العقل فلا يصح عقد المجنون والصبي غير المميز ويجب توافر أهلية الأداء وأن يكونا جائزي التصرف في الأموال.

كما يشترط أن يكون كل من العاقدين ذا ولاية على العقد، بأن يكون أصيلاً أو وكيلاً معتبراً، أو ولياً أو وصياً[40].

ويجري على عقود البائع الذي لم يصل إلى سن الرشد أحكام عقود الصبي المميز إلا إذا أجاز الولي تصرفاته ابتداء فتكون صحيحة نافذة، ومن وصل إلى سن الرشد رشيداً فعقوده صحيحة نافذة، ويشترط في العاقد أن لا يكون مكرهاً، وعقد المكره موقوف عند الحنفية وباطل عند الجمهور، ويشترط في العاقد أن يكون متعدداً فلا بد أن يكون الإيجاب من شخص والقبول من شخص آخر حتى لا يكون الشخص الواحد ملزماً وملتزماً في آن واحد فيجب عليه تسليم الثمن ويجب عليه استلام المبيع، وله حق الرد بالعيب وعليه أن يقبل الرد بالعيب واستثنى الأب من الشرط السابق فيجوز أن يصدر منه الإيجاب والقبول في حال إذا باع مال نفسه لولده الصغير بمثل قيمته واستثنى ابو حنيفة وصى الأب كذلك إن كان فيه نفع ظاهر[41].

2- **محل العقد:** رأس المال (الثمن)، المسلم فيه (المبيع، المثمن).

أ- **رأس المال:**

ينبغي أن يتوافر في رأس المال الشروط الآتية:

1- **أن يكون رأس المال متقوماً:** والمال المتقوم عند الحنفية هو: ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة، فلا يشمل التعريف المنافع لأنها لا تدخر، وهم لا يعتبرون المنافع مالاً، فالمال عندهم يجب أن يكون شيئاً مادياً ويترتب على ذلك إخراج الحقوق المحضة فلا تعتبر عندهم مالاً كحق التعلي وحق الشفعة وحق المرور وحق الشرب وحق المسيل، ولا يعتبرون الديون في الذمم مالاً لأنه لا يتصور قبضها ما دامت في الذمة[42].

والمال عند الجمهور هو ما يجوز الانتفاع به شرعاً على الوجه المعتاد في غير حالة الضرورة وعليه فالمنافع والحقوق تعتبر أموالاً عندهم وعليه فقد اختلف الفقهاء في جواز اعتبار المنافع[43] أحد بدلي عقد السلم على رأيين:

(40) الشيرازي، المهذب، ج1، 297.

(41) الكاساني: بدائع الصنائع،136/5.

(42) ابن نجيم: البحر الرائق، 277/5.

(43) السيوطي: مطالب أولي النهى، 587/3، والبهوتي: كشاف القناع، 546/6، والرملي، نهاية المحتاج، 366/1.

الأول: يجوز أن تكون أحد بدلي عقد السلم وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة[44].

والثاني: لا يجوز وهو قول الحنفية[45] والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة فيما يتعلق برأس مال السلم، حيث ذهبت إلى جواز أن يكون رأس مال السلم منفعة[46].

2- **أن يكون رأس المال معلوماً:** وذلك ببيان جنسه، كذهب أو فضة أو قمح ونوع كقمح بلدي أو فارسي وصفته من الجودة والرداءة وقدره كيلاً أو وزناً أو عدداً بما ينفي الجهالة، لأن الجهالة تؤدي للنزاع والخلاف، والعقود إنما شرعت لرفع الحرج والتيسير على الناس. وهذا ما أخذت به هيئة المراجعة والمحاسبة[47].

وعليه فإن تحديد رأس المال بسعر معلق كأن يكون التعليق على سعر السوق مثلاً بتاريخ العقد فإنه يجوز شريطة أن تكون السوق معينة وأن يكون ذلك وقت العقد أما تعليق تحديد رأس المال على سعر السوق تاريخ التسليم أي في المستقبل فلا يجوز لأنه يشترط أن يكون رأس المال معلوماً حين العقد[48].

3- **تعجيل قبض رأس المال في مجلس العقد:** ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب تسليم رأس المال في مجلس العقد قبل أن يتفرقا[49] واستدلوا: بحديث النبي ﷺ: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم..." الحديث. حيث قالوا: إن التسليف في اللغة يعني الإعطاء فيكون المعنى (فليعط) فلا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه، ولأن السلم مشتق من استلام رأس المال أي تعجيله، وأسماء العقود مشتقة من المعاني فلا بد أن تتحقق تلك المعاني فيها.

هذا بالإضافة إلى أن عدم قبض رأس المال في العقد يؤدي إلى بيع الكالئ بالكالئ وهو منهي عنه فقد روي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ[50].

---

(44) القرافي: الذخيرة، 462/5، والبهوتي: كشاف القناع، 546/6، والشيرازي: المهذب، 366/1

(45) ابن نجيم: البحر الرائق، 277/5.

(46) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند 3/1/3.

(47) المرجع السابق، المعيار العاشر، 2/1/3.

(48) د. محمد عبد الحليم عمر: الإطار الشرعي والاقتصادي لبيع السلم في ضوء التطبيق المعاصر ص18.

(49) الكاساني: بدائع الصنائع، 202/5، والبهوتي: كشاف القناع، 204/3، والشيرازي: المهذب، 297/1.

(50) الحاكم النيسابوري: المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع، رقم الحديث (2342)، ج2، ص65. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

ولأن بيع السلم فيه غرر احتمل للحاجة، فجبر ذلك بتعجيل قبض العوض الآخر وهو الثمن كي لا يعظم الغرر في العوضين[51]

وفرّق الحنفية بين كون رأس المال نقداً أو عيناً، فلم يجيزوا التأخير في النقد وأجازوه في العين قياساً لا استحساناً[52] ووجه القياس أن العروض سلعة تتعين في العقود بخلاف الدراهم فلو لم يشترط التعجيل لا يؤدي إلى بيع الدين بالدين.

ووجه الاستحسان أن السلم أخذ عاجل بآجل والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فإن هذه العقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة[53].

وذهب المالكية - في المشهور - إلى جواز تأخير قبض رأس المال يومين أو ثلاثة أيام بشرط وبغير شرط[54] تعويلاً على القاعدة الفقهية القائلة: (ما قارب الشرع يعطى حكمه) فاعتبروا هذا التأخير من اليسير المعفو عنه، فكان في حكم التعجيل.

وقد أخذت هيئة المحاسبة في المعايير الشرعية برأي المالكية فأجازت تأخير القبض ليومين أو ثلاثة كحد أقصى على أن لا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن أجل التسليم[55].

ويتفق هذا مع قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة سنة 1415هـ المنعقدة في أبوظبي وعليه فقد أجازت المعايير الشرعية أن يتم تقسيط رأس المال على دفعات شريطة أن يتم إنشاء عدة عقود سلم متتالية تنتهي كل عملية بنهاية أجلها ويكون لكل عملية رأس مالها الخاص بها وبمعنى آخر تعدد عقود السلم[56].

وتأسيساً على ما سبق فإنه لا يجوز أن يكون رأس مال السلم ديناً لأنه يؤدي إلى بيع الكالئ بالكالئ وأجاز ابن تيمية وابن القيم أن يكون رأس مال السلم ديناً لعدم وجود نص يمنع ذلك لأنهما يقولان بجواز بيع الدين بالدين لأنه لا يتحقق به ربا وإنما تحصل فائدة وهي براءة الذمة وقد أخذت هيئة المحاسبة في المعايير الشرعية[57] برأي الجمهور فلم تجز أن يكون رأس مال السلم ديناً وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة سنة 1415هـ.

(51) الكاساني: بدائع الصنائع، 202/5، وابن الهمام: شرح فتح القدير، 97/7، وابن قدامة: المغني، 358/4.
(52) الكاساني: بدائع الصنائع، 202/5، والسرخسي: المبسوط، 127/12
(53) السرخسي: المبسوط، 127/12.
(54) عليش: فتح الجليل، 5/3، وابن الحاجب: جامع الأمهات 370/1، وابن رشد: بداية المجتهد، 202/2.
(55) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند 3/1/3.
(56) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند 1/1/2.
(57) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، 4/1/3.

أ- المسلم فيه (المبيع)

1- أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبطه بالوصف:

فيشترط فيه أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والمقدار ومعلوم المقدار من كيل، أو وزن، أو عدد، أو ذرع، أو غيره، ومن غير الدراهم والدنانير، لأنهما أثمان، فيجوز السلم في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة، كما يجوز في المعدودات التي لا تتفاوت، كالجوز، والبيض، لأن العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه[58].

والضابط في ذلك: أن كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته يكون محلاً للسلم[59].

وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة[60] وقرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته سنة (1415هـ).

السلم في النقود:

ولا يجوز السلم في النقود بأن تكون مبيعاً لا ثمناً، لأنه يفضي إلى الربا لأن بيع النقد بالنقد يجب فيه التقايض في المجلس، سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ولا يتحقق هذا في السلم لأن المسلم فيه مؤجل التسلم.

أما تبر الذهب والفضة فقد اختلف الفقهاء في جواز السلم فيهما، فذهب أبو حنيفة في رواية وبعض الحنابلة إلى جواز السلم فيهما، باعتبارهما من العروض والسلع[61]. وذهب المالكية[62] والشافعية[63] والحنابلة[64] إلى عدم جواز السلم فيهما. وهي رواية ثانية عن أبي حنيفة[65].

السلم في الجواهر واللآلئ:

اختلف الفقهاء في جواز السلم بالجواهر واللآلئ؛ فذهب الحنفية إلى جواز السلم في اللؤلؤ الصغير دون الجواهر الكبيرة، لعدم انضباطها بالوصف[66].

---

(58) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج3، ص71، ابن الحاجب الكردي، جامع الأمهات، ج1، ص371.

(59) الشيرازي: المهذب، 301/1 والكاساني: بدائع الصنائع، 207/5، وابن رشد: بداية المجتهد، 202/2.

(60) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، البند 5/2/3 من المعيار العاشر.

(61) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص212، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ٢٧/٧، وابن قدامة، المغني، 366/4.

(62) مالك، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 6م، ج9، ص40.

(63) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ج3، ص116.

(64) ابن قدامة: المغني، 366/4.

(65) ابن الهمام: شرح فتح القدير، 72/7.

(66) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ج1، ص372.

وذهب المالكية إلى جواز السلم بالجواهر واللآلئ مطلقاً بشرطين: الأول: أن تنحصر صفاتها بشكل واضح. والثاني: أن لا يندر وجودها ليكون في المقدور تسليمها في الأجل المحدد[67].

وذهب الشافعية إلى عدم جواز السلم فيها، لأن من الجواهر ما يكون أثقل من غيره فيتفاضل بالثقل[68].

وقد أخذت هيئة المراجعة والمحاسبة بعدم جواز السلم في الجواهر، باعتبارها لا تنضبط بالوصف[69].

السلم في الحيوان

للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: ذهب الحنفية[70] والظاهرية[71] إلى عدم جواز السلم فيه، واستدلوا بما رواه ابن عباس – رضي الله عنهما – "رسول الله – ﷺ – نهى عن السلف في الحيوان"[72]. وأنه مما لا يكال ولا يوزن، والسلم جاز في المكيلات والموزونات[73].

الرأي الثاني: ذهب المالكية[74] والشافعية[75] والحنابلة[76] إلى جواز السلم في الحيوان واستدلوا بأن النبي – عليه السلام – قد أجاز السلم في أمور متعددة، منها الحرير والقماش، والعلة في ذلك إمكانية الضبط والوصف، فيقاس عليها كل ما أمكن ضبطه ووصفه، ومن ذلك الحيوان[77].

وقد أمكن في العصر الحاضر ضبط المواصفات المطلوبة، لتوفر التقنيات العالية التي تمكن من إنتاج العديد من رؤوس الحيوانات المتقاربة في المواصفات، والتي لا يكون للفرق فيها تاثير واضح في الثمن، فتنتفي الجهالة التي كانت سبب المنع.

(67) الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص215.

(68) الشافعي، الأم، ج3، ص116.

(69) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، البند3/2/3 من المعيار العاشر.

(70) المرغيناني، الهداية شرح البدايةن ج3، ص71.

(71) ابن حزم، المحلى، ج9، ص111.

(72) الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، 4م، كتاب البيوع، حديث (268)، ج3، ص71. وقال فيه الحاكم: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، الحاكم، المستدرك، كتاب البيوع، حديث (2341)، ج2، ص65.

(73) ابن حزم، المحلى، ج9، ص111.

(74) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص371.

(75) الشيرازي، المهذب، ج1، ص297.

(76) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص371.

(77) الشيرازي، المهذب، ج1، ص297.

2- أن لا يؤدي عقد السلم إلى حصول الربا:

فإذا كان الثمن طناً من القمح والمسلم فيه طن ونصف من القمح يسلم في الأجل المحدد فلا يجوز لحصول الربا في بيع القمح بالقمح متفاضلاً، لأن في ذلك ربا الفضل وربا النسيئة، وإذا باع طناً من القمح بطنين من الشعير يسلم الشعير في الأجل المحدد فلا يجوز لحصول ربا النسيئة لأن بيع القمح بالشعير ينبغي أن يكون يداً بيد[78].

وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة[79] وقرره مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع سنة 1415هـ.

3- أن يكون المسلم فيه مؤجلاً معلوم الأجل:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة[80] إلى أنه يشترط في السلم أن يكون مؤجلاً إلى أجل معين معلوم للعاقدين، للحديث: "مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ"[81] وذهب الشافعية إلى صحة السلم إذا كان المسلم فيه معجلاً، لأنه إذا جاز السلم مؤجلاً فيجوز حالاً من باب أولى لأنه أبعد عن الغرر[82]، ويبدأ الأجل عند الشافعية من وقت التعاقد لجواز السلم حالاً عندهم، أما الجمهور؛ فالأجل عندهم يكون بماله وقع في الثمن بحيث يمكن أن تتغير الأسعار في هذه المدة كالشهر وما قاربه، وذكر المالكية أن الحد الأعلى للأجل في بيوع الآجال كلها جميعاً يكون بين عشر سنوات أو عشرين سنة مع الكراهة ويفسخ إذا زاد عن ذلك لزيادة الغرر[83].

4- أن يكون المسلم فيه مقدور التسليم عند حلول الأجل

وللفقهاء في هذه المسألة تفصيل نعرضه فيما يأتي:

ذهب الحنفية[84] إلى اشتراط توفر المسلم فيه من حين إنشاء العقد إلى وقت التسليم، فلو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل، أو على العكس، أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز. وحد الانقطاع عند الحنفية أن لا يوجد في الأسواق وإن كان في البيوت[85].

(78) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص371.

(79) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند 4/2/3.

(80) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص72، وابن رشد: بداية المجتهد، 203/2، والشيرازي: المهذب، 305/1، وابن قدامة: المغني،360/4.

(81) البخاري: الصحيح، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم.

(82) الشيرازي: المهذب، 305/1.

(83) ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص373 والشيرازي: المهذب، 305/1، ود. عبد الحليم عمر: الإطار الشرعي والاقتصادي لبيع السلم، ص21.

(84) المرغيناني: الهداية شرح البداية، 72/3.

(85) الزيلعي: تبيين الحقائق شرح الكنز، 113/4.

وحجتهم في ذلك قوله – ﷺ –: "لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها"[86].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى اشتراط وجود المسلم فيه، بأن يكون عام الوجود، وموجوداً وقت الاستحقاق في الغالب بصفته وقدره، فإن جهل وجوده لم يجز، ولا يضر أن يكون وقت العقد مفقوداً إذا كان وقت الاستحقاق موجوداً، كما لا يشترط وجوده من حين العقد السلم إلى حلوله[87].

ولا شك أن رأي الجمهور أرجح فهو أيسر على الناس، وما شرع السلم على خلاف القياس إلا للتيسير ورفع الحرج. فالسلع كثيراً ما ينعدم وجودها في السوق فترة من الزمن، خاصة الزراعية منها، التي لها مواسم محددة، فإذا اشترطنا وجودها في السوق منذ بداية العقد إلى حين انتهائه فإن في ذلك حرجاً ومشقة، والنبي – ﷺ – كان يسلف في الثمار، مع عدم توافرها طوال فترة العقد.

وقد أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة برأي الجمهور، حيث اشترطت أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله بحكم الغالب عند حلول أجله، حتى يكون في إمكان المسلم إليه تسليمه للمسلم. ولم تشترط وجوده من حين العقد إلى وقت التسليم[88].

ومما ينبغي التنبيه إليه أنه لا يجوز السلم في ثمر بستان معين أو قرية معينة، ويجوز السلم في ثمار بلد كبير كمصر والعراق لعدم الانقطاع غالباً في البلد كله[89].

5-تعيين مكان تسليم المسلم فيه:

اتفق الفقهاء على جواز تسليم المسلم فيه في مكان عقد السلم إذا كان صالحاً لذلك، لأن عقد السلم عقد معاوضة أشبه بيوع الأعيان[90].

هذا إذا لم يكن لحمل المسلم فيه مؤنة، أما إذا كان لحمله مؤنة، فقد ذهب أبو حنيفة[91] وبعض الشافعية[92] إلى وجوب تعيين مكان تسليم المسلم فيه، لنفي الجهالة التي قد تفضي

---

(86) البخاري: الصحيح، كتاب البيوع، باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها، حديث (2082)،1165/2.

(87) الخرشي، عبد الله بن محمد، شرح مختصر خليل، 8م، ج5، ص218. والشيرازي، المهذب، 305/1، وابن حزم: المحلى، 114/9، وابن قدامة: المغني،360/4، والمودوي: الاختيار في تعليل المختار 34/2، وابن رشد: بداية المجتهد، 204/2.

(88) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند8/2/3.

(89) ابن الهمام: شرح فتح القدير،74/7.

(90) السرخسي، المبسوط، ج15، ص114، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص178. الشيرازي، المهذب، 300/1، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص306.

(91) السرخسي: المبسوط، 14/15.

(92) الشيرازي: المهذب، 300/1.

إلى النزاع وذهب صاحبا أبي حنيفة إلى عدم اشتراط ذكر المكان في هذه الحالة، ويكون مكان التسليم هو مكان انعقاد العقد وكذلك إذا كان مكان العقد لا يصلح للتسليم فيجب بيانه[93] وإلا فيحدد بالعرف.

وقد أخذت هيئة المراجعة والمحاسبة في المعايير الشرعية بالقول بتحديد محل تسليم المسلم فيه، فإذا سكت المتعاقدان عن ذلك اعتبر مكان العقد مكاناً للتسليم، إلا إذا تعذر ذلك فيصار في تحديده إلى العرف[94].

المبحث الثاني: في أحكام عقد السلم والآثار المترتبة عليه

1- انتقال ملكية رأس المال من المشتري للبائع وانشغال ذمة المسلم إليه بتسليم السلعة للمشتري:

تنتقل ملكية رأس مال السلم من المشتري للبائع بانعقاد العقد إلا أن هذه الملكية غير مستقرة، لجواز انقطاع المسلم فيه وانفساخ العقد.

وتنشغل ذمة المسلم إليه بتسليم (المبيع) إلى المشتري عند حلول الأجل[95].

وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة في المعايير الشرعية[96].

2- تعذر وفاء المسلم إليه تسليم المسلم فيه في الأجل

إذا تعذر التسليم بسبب الإعسار فيجب أنظار المسلم إليه إلى الميسرة قال تعالى:

﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[97]

وإن كان التعذر بسبب الإفلاس فتطبق عليه أحكام الإفلاس المقررة في الشريعة، وإذا كان لعذر طارئ (الظروف الطارئة) كأن ينقطع المسلم فيه من الأسواق كان المسلم بالخيار بين أن يفسخ العقد ويأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل، وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة، وابن القاسم[98]، وحجتهم: أن العقد وقع على موصوف في الذمة، فهو باق على أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار ويستحب إنظاره إلى الميسرة.

(93) السرخسي، المبسوط، ج15، ص144.

(94) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند 10/2/3.

(95) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ص326.

(96) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند 1/5.

(97) سورة البقرة، آية 280.

(98) ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي، ج2، ص154.

وقال أشهب من أصحاب مالك: ينفسخ السلم ضرورة، ولا يجوز التأخير، وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ، وقال سحنون: ليس له أخذ الثمن، وإنما عليه أن يصبر إلى القابل[99].

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسعة الأخذ برأي الجمهور وهو ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة حيث ارتأت الصبر حتى يتوافر المسلم فيه في الأسواق، أو فسخ العقد ورجوع المسلم برأس ماله[100].

وإذا تعذر التسليم في بعض المسلم فيه فللمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر إلى حين الإمكان ويطالب بجميع المبيع أو يفسخ في المفقود دون الموجود.

وإذا كان عدم التسليم بسبب المماطلة فتطبق أحكام المدين المماطل[101].

3- التصرف في المسلم فيه قبل قبضه:

يترتب على عقد السلم انتقال ملكية رأس المال للمسلم إليه وانتقال المبيع إلى المسلم ولكن ملكيته غير تامة لأنها ملكية دين لم يحل أجله وعليه اختلف الفقهاء في جواز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الحنفية[102] والشافعية[103] والحنابلة[104] إلى عدم جواز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه، واستدلوا بقول ابن عمر رضي الله عنه: سمعت النبي ﷺ يقول: "من ابتاع طعاماً فلا بيعهُ حتى يقبضه"[105].

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى جواز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه، من بائعه بمثل ثمنه، أو أقل لا أكثر، وذلك لئلا يكون سلفاً جر منفعة، ويجوز بيعه من غير بائعه بالمثل وأقل وأكثر[106].

وقد أخذت برأي الجمهور هيئة المحاسبة والمراجعة في المعايير الشرعية حيث لم تجز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه[107].

---

(99) د. محمد عبد الحليم عمر: الإطار الشرعي والاقتصادي لبيع السلم ص38.

(100) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، البنود 2/4، 5/5، 4/5، 3/5، 2/5 من المعيار العاشر.

(101) د. محمد عبد الحليم عمر: الإطار الشرعي والاقتصادي لبيع السلم، ص38.

(102) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص75.

(103) الشيرازي، المهذب، ج2، ص73.

(104)البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ص96.

(105) اخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام قبل قبضه، حديث (2026)، ج2، ص750.

(106) ابن جزي، محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، ص177.

(107) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار العاشر، البند1/4، 2/4.

ب- الإقالة والرهن والشركة والتولية في السلم

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الإقالة في عقد السلم برضا الطرفين، لأن الإقالة مندوبة مطلقاً لأنها شرعت دفعاً للندم، واحتمالية الندم في العين المؤجلة أكثر منها في الحالة. واشترط لها الإمام مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان وإلا كان بيعاً من البيوع(108). وقد أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة برأي الجمهور(109).

واختلفوا في الإقالة في السلم من أحد الشريكين، فقال الإمام مالك: إذا أسلم رجلان إلى رجل ثم أقاله أحدهما جاز في نصيبه وهو قول أبي يوسف والشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا أسلم رجلان إلى رجل ثم أقاله أحدهما لم يجز إلا أن يجيزها الآخر وهو قول الأوزاعي(110).

وأما الكفالة والرهن فقد أجازهما جمهور الحنفية والمالكية والشافعية وزفر في رواية(111) ومنعهما الحنابلة وزفر في رواية ثانية(112) وابن حزم الظاهري. وقد رويت كراهية أخذ الرهن في السلم عن علي وابن عباس وابن عمر(113) رضي الله عنهم: "وحجتهم أن رأس المال دين واجب على رب السلم، فالكفيل يلتزم المطالبة بما هو مضمون على الأصيل، وهو شرط صحة الكفالة، والرهن للاستيفاء، كما أنَّ الرهن والكفيل يكونان فيما يتأخر قبضه، وقبض رأس المال مستحق في المجلس، فأخذ الكفيل والرهن فيهما لا يفيد(114).

وقد أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة برأي جمهور الفقهاء في جواز الرهن والكفالة وغيرهما من وسائل التوثيق الأخرى. وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره التاسع سنة 1415هـ(115).

أما الشركة والتولية في المسلم فيه قبل قبضه فقد أجازها المالكية لأنها فعل خير ومعروف فهي مندوب إليها(116) ومنعها جمهور الفقهاء، وهو قول الثوري، والأوزاعي والليث، لأن الشركة والتولية بيع، وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع ما ليس عندك، وربح ما لم يضمن، وعن بيع الطعام حتى يقبض لما في ذلك من الغرر والجهالة(117).

(108) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص155.
(109) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، البند 3/4، من المعيار العاشر.
(110) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله النمري، التمهيد، 345/16.
(111)والسرخسي، المبسوط، ج12، ص151، ومالك، المدونة الكبرى، ج9، 96.
(112) السرخسي، المبسوط، ج12، ص151، والبهوتي: كشاف القناع، 311/3.
(113) ابن حزم، المحلى، ج9، ص110.
(114) السرخسي، المبسوط، ج12، ص151.
(115) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، البند 3/3، من المعيار العاشر.
(116) ابن عبد البر، التمهيد، 345/16.
(117) المرجع السابق.

المبحث الثالث: مزايا التمويل بعقد السلم ومدى إمكانية تعامل البنوك الإسلامية بالسلم:

المطلب الأول: التمويل بالسلم في البنوك والمؤسسات الإسلامية

يمكن للبنوك الإسلامية أن تعمل على تمويل القطاعات الزراعية والصناعية بطريق بيع السلم السلم فيشتري البنك الثمار والحبوب بثمن عاجل ويتسلمها في الموسم بأسعار رخيصة نسبياً ثم يقوم بتسويقها بثمن الحاضر أو مؤجل فيستفيد فرق السعر.

- ويمكن للبنك أن يوكل بعض الجهات المختصة في الأسواق الكبيرة بتسويق تلك المنتجات بعد استلامها مقابل نسبة مئوية من ثمن البيع أو من ثمن التكلفة.
- ويمكن أن يوكلهم البنك ابتداء في الشراء سلماً وبيعه بعد قبضه.
- ويمكن للبنك أن يوكل البائع في بيع المسلم فيه بعد أن يتم تسليم البضاعة.
- ويمكن أن يجري البنك وعداً مع طرف ثالث (شركة تسويق مثلاً) بأن يبيعهم البضاعة المسلم فيها بعد قبضها فيوكل الشركة في استلام البضاعة ثم يبيع البضاعة للشركة بناء على الوعد الملزم من طرف واحد.
- ويمكن أن يبيع المصرف إلى طرف آخر سلماً من جنس البضاعة التي اشتراها سلماً شريطة أن لا يتم البيع على نفس البضاعة التي اشتراها سلماً، فإذا تسلم البنك ما اشتراه سلماً دفعه إلى من باعه سلماً وهذا يسمى بالسلم الموازي.

فالسلم الموازي عبارة عن صفقتي سلم كل واحدة منهما منفصلة عن الأخرى، بالرغم من مراعاة تماثل الصفات بين العقدين فلا يفضي ذلك إلى صورة بيعتين في بيعة.

وإذا تم البيع في السلم الموازي إلى نفس الشخص الذي اشترى منه السلعة بأكثر مما اشتراها به فإن هذا يؤدي إلى الربا المحرم.

ويتحقق السلم الموازي الجائز شرعاً في الحالات التالية:

1- أن يعقد سلماً موازياً مستقلاً مع طرف ثالث للحصول على سلعة مواصفاتها مطابقة للسلعة المتعاقد على تسليمها في السلم الأول ليتمكن من الوفاء بالتزامه فيه، وفي هذه الحالة يكون البائع في السلم الأول مشترياً في السلم الثاني.

2- يجوز أن يعقد سلماً موازياً مستقلاً مع طرف ثالث لبيع سلعة مطابقة في مواصفاتها للسلعة التي اشتراها بعقد السلم الأول، وفي هذه الحالة يكون المشترى في السلم الأول بائعاً في السلم الثاني.

3- في كلتا الحالتين المذكورتين لا يجوز ربط عقد سلم بعقد سلم آخر، بل يجب أن يكون كل واحد منهما مستقلاً عن الآخر في جميع حقوقه والتزاماته، وعليه فإن أخل أحد الطرفين في عقد السلم الأول بالتزامه لا يحق للطرف الآخر (المتضرر بالإخلال) أن يحيل ذلك الضرر إلى من عقد معه سلماً موازياً، سواء بالفسخ أو تأخير التنفيذ[118].

المطلب الثاني: مزايا التمويل بعقد السلم في العصر الحاضر

يمتاز التمويل بعقد السلم عنه بميزات عدة، أهمها:

1- التمويل بعقد السلم من البدائل الشرعية للتمويل بالقرض الربوي[119].

2- اتساع نطاق التعامل بالسلم، سواء في السلع الزراعية أو الصناعية أو تمويل التجارة ونشاط المقاولات، خاصة أن التعامل بالسلم في الوقت الحاضر يتناول أكثر السلع، لتطور التقنيات الصناعية، فالآلات الحديثة يمكنها إنتاج آلاف بل ملايين القطع من السلع المضبوطة بوصف معين، وتركيب معين، بشكل دقيق جداً، مما ينفي الجهالة والغرر التي حرم التعامل في السلم لاحتمال وجودهما في العديد من السلع في العصور السابقة[120].

3- التعامل بالسلم على إيجاد سوق دائم للسلع خاصة الموسمية منها، مما يعمل على الاستقرار النسبي لأسعارها، فتباع للراغب بشرائها في غير موسمها، بسعر معتدل[121].

4- الصلاحية الكبيرة لتمويل المشاريع قصيرة الأمد بتقديم مستلزمات التشغيل والأجور والمصروفات الجارية، وصلاحيته لتمويل المشاريع طويلة الأمد بتمويل شراء العدد والآلات اللازمة[122].

5- يؤثر التعامل بالسلم على زيادة الإنتاج، لأن المسلم إليه غالباً ما يكون منتجاً، كما أنه يزيد فرص العمل المباح[123].

6- إمكانية أن يكون الثمن منفعة عين، وهي صورة بأن يقدم المشتري آلة أو مبنى أو سيارة للبائع للانتفاع بها مدة من الزمن في نشاطه على أن يدفع مقابل هذا الانتفاع سلعاً من إنتاجه[124].

---

(118) هيئة المحاسبة والمعايير الشرعية: المعيار العاشر، البنود 1/6، 2/6، 3/6.

(119) العساف، عقد بيع السلم، ص156.

(120)عمر، أساليب التمويل الإسلامية للمشاريع الصغيرة، ص20-21.

(121)دويكات، عقد السلم، ص86.

(122) عمر، أساليب التمويل الإسلامية، ص21.

(123) العساف، عقد بيع السلم، ص159.

(124) عمر، أساليب التمويل الإسلامية، ص21.

7- يقلل من آثار التضخم بالنسبة لدين التمويل حيث أن المشتري الممول سوف يسترد حقه في صورة سلع ترتفع أسعارها مع حالات التضخم وبالتالي لن يؤثر ذلك عليه بخلاف ما إذا كان الدين قرضاً في صورة نقود تقل قوتها الشرائية بالتضخم فيستردها بقيمة أقل مما دفعه[125].

8- يؤدي التمويل بالسلم إلى ترشيد تكاليف الإنتاج لأن ثمن المبيع يكون معروفاً ومقبوضاً.

9- يمكن للمشتري تسييل دين السلم عن طريق السلم الموازي وهو أن يبيع سلماً من جنس ما أسلم فيه قبل قبضه[126].

10- توفر صيغة السلم حماية للمصرف من تقلبات الأسعار في السوق، فإن المبلغ يدفع مقدماً، وبهذا يضمن الحصول على السلعة في وقت محدد، دون أن تتأثر الصفقة بتقلبات الأسعار، ولهذا أيضاً يمكن للمصرف أن يتعاقد مع مشترٍ آخر ليبيع أية سلعة مماثلة للمتعاقد عليها بالشروط نفسها أو بتعديل ما يمكن تعديله، وهذا ما يسمى بالسلم الموازي[127].

(125) دويكات، عقد السلم، ص57.

(126) عمر، أساليب التمويل الإسلامية، ص21. العساف، عقد بيع السلم، ص159.

(127) ظهير، عثمان، بحث بعنوان: "بيع المحاويج حماية للمصارف من تقلبات الأسعار ونمو لسوق السلع الحقيقية، (http://www.iifef.com)

مراجع الفصل الثالث

1- الأنصاري، محمد بن أحمد (ت926هـ)، منهج الطلاب، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

2- الأنصاري، زكريا بن محمد (ت926)، أسنى المطالب، 4م، ط1892م، القاهرة، المطبعة اليمنية.

3- البخاري، محمد بن إسماعيل (ت259هـ)، الجامع الصحيح المختصر، 6م، تحقيق: مصطفى البغا، دار ابن كثير، اليمامة.

4- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، 3م، مكتبة الرياض الحديثة، ط1996م.

5- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني (ت728هـ)، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن النجدي، 35م، ط2.

6- ابن الهمام: الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1977م.

7- الجرجاني، علي بن محمد (ت597هـ)، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1984م.

8- ابن جزي، محمد بن جزي الكلبي (ت741هـ)، القوانين الفقهية، 1م.

9- الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري (ت405هـ)، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عطا، 4م، دار الكتب العلمية، بيروت، كتاب البيوع، كتاب البيوع، حديث(2342)، ج2، ص٥٦، وقال الحاكم: هذا حديث.

10- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، (ت456هـ)، المحلى بالآثار، 11م، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج9، ص105.

11- الحصفكي (ت1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، 6م، دار الفكر، بيروت، ط٢، 1965م.

12- الخرشي، عبد الله بن محمد (ت 1230هـ)، شرح مختصر خليل، 8م، تحقيق: أحمد بركات، دار الفكر.

13- الدارقطني، علي بن عمر (ت385هـ)، سنن الدارقطني، 4م، تحقيق: السيد عبد الله هاشم المدني، دار المعرفة، بيروت.

14- الدردير، أحمد أبو البركات (ت1201هـ)، الشرح الكبير هامش حاشية الدسوقي، 4م، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ج3، ص195.

15- الدسوقي، محمد بن عرفة (ت1230هـ)، حاشية الدسوقي، 4م، دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد عليش، ج3، ص195.

16- دويكات، هيفاء شفيق، عقد السلم كأداة للتمويل، رسالة جامعية، ص26.

17- الرازي، فخر الدين بن ضياء الدين بن عمر (ت406هـ)، مختار الصحاح، ط1، تحقيق: يحيى خالد توفيق، مكتبة الآداب للنشر، القاهرة، 1988م.

18- ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي (ت595هـ)، بداية المجتهد، 2م، دار الفكر، بيروت.

19-الرملي، محمد بن أبي العباس (ت1004هـ)، نهاية المحتاج، 8م، دار الفكر، بيروت، ط1، 1983م.

20- الزيلعي، عثمان بن علي (ت743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، 6م، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط1892م، ج٤، ص113.

21- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت490هـ)، المبسوط في الفروع، ط3، 30م، دار المعرفة، بيروت، 2000م.

22- السمرقندي، علاء الدين (ت539هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1984م.

23- السيوطي، مصطفى الرحيباني (ت1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 6م، الكتب الإسلامي، دمشق.

24- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت911هـ)، الأشباه والنظائر، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

25- الشافعي، محمد بن إدريس (ت204هـ)، الأم، 8م، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1972م.

26- الشوكاني: نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، لبنان.

27- شيخي زادة، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان (1078هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ط1، 4م، خرج أحاديثه وآياته: خليل عمران، دار الكتب العلمية. بيروت، ط 1998م.

28- الشيرازي: المهذب، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط2، 1952م.

29- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد (ت310هـ)، تفسير الطبري، 30م، دار الفكر، بيروت، ط1، 1984م.

30- الضرير، الصديق محمد، السلم وتطبيقاته المعاصرة.

31- ظهير، عثمان، بحث بعنوان: "بيع الحاويج حماية للمصارف من تقلبات الأسعار ونمو لسوق السلع الحقيقة"، (http://www.iifef.com)

32- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله النمري (ت463هـ)، التمهيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد البكري، ط1، 22م، وزارة عموم الأوقاف، المغرب.

33- العساف، عدنان محمود، عقد بيع السلم وتطبيقاته المعاصرة، دار جهينة للنشر، عمان، ط1،2004م.

34- العسقلاني، أحمد حجر (852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 14م، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت.

35- عمر، محمد عبد الحليم، بحث بعنوان: أساليب التمويل الإسلامية للمشاريع الصغيرة، جامعة القاهرة.

36- عمر، محمد عبد الحليم، الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي، 1م، دار النفائس، عمان، ط1، 2000م.

37- عمر، محمد عبد الحليم، الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي، 1م، دار النفائس، عمان، ط1،2000م.

38- عليش، محمد عليش (ت1299هـ)، منح الجليل، 9م، دار الفكر، بيروت، ط1988م، ج3، ص5، الكردي، ابن الحاجب المالكي (ت646هـ)، جامع الأمهات، 2م.

39- ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1966م.

40- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس (ت395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، ط1، 1994م، دار الفكر، بيروت.

41- القرافي، أحمد بن إدريس (ت684هـ)، الذخيرة، 14م، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ط1994م.

42- القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري (ت671هـ)، تفسير القرطبي، 8م، دار الشعب، القاهرة، ج3، ص377

43- القصار، عبد العزيز، بحث بعنوان: السلم وتطبيقاته المعاصرة، مجلة المستثمرون (العدد رقم: 39).

44- ابن القيم، أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي (ت750هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث، القاهرة، ط1993م.

45- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن أحمد (ت1289هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 7م، دار الكتاب العربي، بيروت، ج5، ص138.

46-مالك، مالك بن أنس (ت179هـ)، المدونة الكبرى، 6م، دار صادر، بيروت، ج9، ص40.

47- المرغيناني، برهان الدين بن علي بن أبي بكر (ت593هـ)، الهداية شرح البداية، مطبعة ومكتبة محمد، القاهرة.

48- مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت261هـ)، صحيح مسلم، 5م، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.

49- الموصلي: محمود بن مودود الموصلي، الاختيار في تعليل المختار، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1975م.

50- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد (ت884هـ)، المبدع، 10م، المكتب الإسلامي، ط1974م.

51- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت318هـ)، الإجماع، 1م، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، ط3، 1981م، دار الدعوة للنشر والتوزيع، ص93.

52- ابن منظور، جمال الدين بن محمد بن مكرم (ت711هـ)، لسان العرب، 18م، نسقه وعلق عليه: مكتب تحقيق التراث، دار إحياء التراث العربي.

53- ابن نجيم، زين الدين العابدين (ت926هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 8م، دار المعرفة، بيروت، ط2.

54- النووي، محيي الدين بن شرف (ت676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط2، 12م، المكتب الإسلامي، بيروت، 1984م.

الفصل الرابع

معيار الاستصناع والاستصناع الموازي

- المبحث الأول: تعريف الاستصناع لغة و اصطلاحًا و بيان أهميته وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحًا.

المطلب الثاني: أهمية عقد الاستصناع.

- المبحث الثاني: مشروعية عقد الاستصناع، و تكييفه الفقهي عند القائلين بمشروعيته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مشروعية عقد الاستصناع .

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع عند الحنفية (القائلين بمشروعية عقد الاستصناع) .

- المبحث الثالث: مقومات عقد الاستصناع وثمرة الخلاف في حقيقة المعقود عليه، وفي مطلبان:

المطلب الأول: مقومات عقد الاستصناع.

المطلب الثاني: ثمرة الخلاف في حقيقة المعقود عليه.

- المبحث الرابع: عقد الاستصناع بين اللزوم و عدمه.
- المبحث الخامس: شروط عقد الاستصناع.
- المبحث السادس: تطبيقات عقد الاستصناع في المؤسسات المصرفية الإسلامية.
- المبحث السابع: آلية تطبيق عقد الاستصناع في النظام المصرفي الإسلامي وحكم الاستصناع الموازي، و فيه مطلبان:

المطلب الأول: آلية تطبيق عقد الاستصناع في النظام المصرفي الإسلامي.

المطلب الثاني: حكم الاستصناع الموازي.

- المبحث الثامن : أثر نظرية الظروف الطارئة على عقد الاستصناع، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: شروط العمل بنظرية الظروف الطارئة.

الاستصناع والاستصناع الموازي

المبحث الأول: تعريف الاستصناع لغة و اصطلاحاً و بيان أهميته:

المطلب الأول: تعريف الاستصناع لغة و اصطلاحا:

الاستصناع في اللغة: طلب الصنعة، ومنه استصنع الشيء: دعا إلى صنعه.

والصناعة بكسر الصاد: حرفة الصانع، واصطنعه: اتخذه، قال تعالى: ﴿وَٱصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي ﴿٤١﴾﴾[1]، ويقال: اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً[2].

الاستصناع في اصطلاح الفقهاء:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الاستصناع، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع وتكييفه، فجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لم يذكروا له تعريفاً مستقلاً لانطباق عقد السلم عليه فهو بيع شيء موصوف في الذمة مما يصنع، فيعتبرونه سلماً في المصنوعات، ويشترطون لصحته أن تتوافر فيه شرائط السلم جميعاً، وفي طليعتها تعجيل الثمن[3].

أما الحنفية فعدوه عقداً مستقلاً، لكنهم اختلفوا في تعريفه، ومرجع ذلك الإختلاف إلى إدخال بعض القيود أو إخراجها.

فعرفه الكاساني بأنه: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني، أما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بالتراضي[4].

وعرفه شيخي زاده بأنه: "بيع ما يصنعه عيناً، فيطلب من الصانع العمل والعين جميعاً"[5].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً"[6].

---

(1) سورة طه، اية: 41.

(2) ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر – بيروت، ط. الأولى، (209/8).

(3) الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل 517/6، والشربيني، محمد بن محمد الخطيب، الإقناع في حل الفاظ أبي شجاع 5/2، والبهوتي: منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع 189/3.

(4) الكاساني: علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، دار الكتب العلمية – بيروت، (2/5).

(5) شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد الكليبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر 149/3.

(6) علي حيدر، "درر الحكام شرح مجلة الأحكام"، المادة "124"، دار الجيل، (114/1).

وعرفه الأستاذ الزرقا بأنه: "عقد يشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعاً، يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده، بأوصاف مخصوصة، وبثمن محدد"[7].

يستخلص من التعريفات السابقة أن عقد الاستصناع لا يجوز إلا فيما تدخله الصنعة وتخرجه عن حالته الطبيعية ويجوز في صنع أشياء بأوصاف خاصة يريدها المستصنع ولو لم يكن لها مثيل في السوق شريطة أن تكون مما ينضبط بالوصف، كما لا يجوز أن يكون محل الاستصناع شيئاً معيناً بذاته كما لو قال بعتك هذه السيارة أو هذا المصنع فالاستصناع يكون فيما حدد بالمواصفات لا بالتعيين[8].

ب- المطلب الثاني : أهمية عقد الاستصناع:

تتضح أهمية عقد الاستصناع بالحاجة العظيمة إليه في الحياة البشرية، حيث بين الله أن البشر متفاوتون فيما بينهم تسخيراً منه سبحانه لبعضهم بعضاً، فقال سبحانه: ﴿ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَوٰةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ ﴿٣٢﴾ ﴾[9]، ومن صور تسخير البشر لبعض: عقد الاستصناع، فإن المستصنع محتاج لمن يصنع له حاجته بالشكل الذي يريد، والصانع محتاج إلى المال الذي يأخذه مقابل صنعته ليستعين به على مصارف الحياة[10].

المبحث الثاني: مشروعية عقد الاستصناع وتكييفه الفقهي:

أ- المطلب الأول: مشروعية عقد الاستصناع:

اختلف الفقهاء في عقد الاستصناع بين مبيح وحاظر، وذلك بسبب اختلافهم في تكييف عقد الاستصناع، حيث ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الاستصناع ملحق بالسلم؛ فيشترط فيه ما يشترط في السلم.

وأما الحنفية فيرون أن الاستصناع عقد مستقل بذاته له خصائصه وأحكامه كما سيأتي.

ومن هنا اختلف الفقهاء في حكم عقد الاستصناع - كعقد مستقل - إلى قولين:

---

(7) مصطفى أحمد الزرقا، "عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة"، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - السعودية، ص21.

(8) المعايير الشرعية، الاستصناع والاستصناع الموازي، محل الاستصناع 1/1/3، 1/3/ح.

(9) سورة الزخرف، آية: 33.

(10) مصطفى أحمد الزرقا، "عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة"، وذلك لمعرفة المزيد عن أهمية الاستصناع في النطاق الفردي الشخصي والنطاق المؤسسي الجماعي.

القول الأول: عدم جواز عقد الاستصناع إذا كان على غير وجه السلم، وهو قول جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية[11].

القول الثاني: جواز عقد الاستصناع، وهو قول الحنفية[12].

أدلة القول الأول:

1- ما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ[13].

وجه الدلالة: دل الحديث على عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ -وهو الدين بالدين-، وفي عقد الاستصناع بيع دين بدين؛ لأن السلعة في ذمة الصانع والثمن في ذمة المستصنع، وقد أجمع العلماء على منعه.

2- أن الاستصناع بيع معدوم، وقد نهى النبي ﷺ المرء أن يبيع ما ليس عنده[14].

أدلة القول الثاني:

1- ما ثبت في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما "أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ، وَجَعَلَ فَصَّهُ فِي بَطْنِ كَفِّهِ إِذَا لَبِسَهُ، فَاصْطَنَعَ النَّاسُ خَوَاتِيمَ مِنْ ذَهَبٍ، فَرَقِيَ المِنْبَرَ، فَحَمِدَ اللهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، فَقَالَ: إِنِّي كُنْتُ اصْطَنَعْتُهُ، وَإِنِّي لا أَلْبَسُهُ. فَنَبَذَهُ، فَنَبَذَهُ النَّاسُ..."[15]

2- ما ثبت في الصحيحين من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه فقال: "أَرْسَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إِلَى فُلانَةَ، -امْرَأَةٍ قَدْ سَمَّاهَا سَهْلٌ-: مُرِي غُلامَكِ النَّجَّارَ، أَنْ يَعْمَلَ لِي أَعْوَادًا، أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ إِذَا كَلَّمْتُ النَّاسَ"[16].

3- التعامل من غير نكير على مر العصور في المباني والأحذية والأثاث ونحوها، وهو يتضمن

---

(11) محمد عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، دار الفكر – بيروت، (216/2)، محيي الدين زكريا النووي، "روضة الطالبين"، المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة الثانية، 1405هـ، (8/4). أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، دار الكتاب الإسلامي – القاهرة، (248/4).

(12) علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، (2/5).

(13) رواه الدارقطني، كتاب البيوع، باب الجعالة، حديث رقم (269)، (71/3).

(14) رواه الترمذي، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، عن حكيم بن حزام رضي الله عنه، حديث رقم(1232)، (534/4). ورواه الإمام احمد في المسند عن حكيم بن حزام رضي الله عنه. حديث رقم (15346) (402/3).

(15) رواه البخاري، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، حديث رقم (5538)، (2205/5). رواه مسلم، باب تحريم خاتم الذهب على الرجال ونسخ ما كان من إباحته في أول الإسلام، حديث رقم (2091)، (1656/3).

(16) رواه البخاري، باب الجلوس على المنبر عند التأذين، حديث رقم (875)، (310/1)، ورواه مسلم، باب جواز الخطوة والخطوتين في الصلاة، حديث رقم (544)، (386/1).

إجماعاً عملياً[17]، قال ﷺ "لا تجتمع أمتي على ضلالة"[18]. وقال عليه السلام "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"[19]. وهذا في كل ما لم يرد نص على تحريمه.

4- **ومن المعقول:** فإن حاجة الناس إلى الاستصناع كبيرة، وفي الشرع مراعاة لحاجات الناس؛ لما في ذلك من التيسير عليهم والرفق بهم، كما في التيمم والمسح على الخفين وعقد السلم وغير ذلك، فجاز الاستصناع استحساناً[20].

وأميل إلى ترجيح القول بجواز عقد الاستصناع لما يأتي:

لأن الحاجة داعية للاستصناع، وفي منعه إلحاق الحرج بالناس ولقوة أدلة أصحاب القول الثاني وضعف أدلة المانعين.

ب- المطلب الثاني : تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية (القائلين بمشروعية عقد الاستصناع) :

يقصد بالتكييف الفقهي: الوصف الذي أضفاه الفقهاء على المعاملة في ضوء الآثار التي ترتبت عليها[21].

وبناء على القول بجواز عقد الاستصناع عند الحنفية، اختلفت أنظار فقهاء المذهب الحنفي في تكييف عقد الاستصناع على قولين:

القول الأول: إن الاستصناع عقد وليس وعداً.

جاء في البحر الرائق: "الصحيح من المذهب جوازه بيعاً؛ لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المواعدة[22]. وبثبوت خيار الرؤية فيه، والوعد لا خيار فيه، ولأنه يجري فيه التقاضي وإنما التقاضي في الواجب لا في الوعود، ولأن الوعد يجوز فيما لا يتعامل فيه، وهذا يقتضي أن يكون الاستصناع عقداً لا وعداً[23].

هذا وبعد ترجيح القول بأن الاستصناع عقد وليس وعداً، فهل هو عقد بيع أم عقد إجارة؟ للحنفية رأيان:-

(17) علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، (3/5).
(18) رواه الترمذي.
(19) رواه أحمد.
(20) الكاساني: بدائع الصنائع 3/5.
(21) محمد فتحي الدريني، "النظريات الفقهية"، مؤسسة الرسالة - بيروت، ص153.
(22) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، "البحر الرائق شرح كنز الدقائق"، دار المعرفة - بيروت، (186/6).
(23) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 366/7 والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 5/5.

الرأي الأول: الاستصناع عقد بيع وهذا ما رجحه السرخسي والكاساني:-

يقول السرخسي: "اعلم بأن البيوع أنواع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم، وبيعُ عَمَلٍ، العينُ فيه تبع، وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، والعين هو الصبغ بيع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع"(24)

ويقول الكاساني: "وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح".

ومن هذه النقول يتبين أن الاستصناع بيع، لكنهم ذكروا في هذا البيع أموراً يختص بها عن بقية البيوع، أبرزها أمران:

الأمر الأول: اشتراط الخيار وهو خيار الرؤية.

الأمر الثاني: اشتراط العمل في الاستصناع.

ونوقش هذا القول:

- بأن الاستصناع عقد جائز غير لازم، فلا يصح أن يكون بيعاً.

ويجاب عليه بما سيأتي ذكره في إثبات لزومية عقد الاستصناع.

- لو كان الاستصناع بيعاً لما بطل بموت أحد العاقدين، لكنه يبطل بموت أحدهما، فهو أشبه بالإجارة.

واجيب: بأن الاستصناع فيه شبه بالإجارة من جهة طلب العمل، وفيه شبه بالبيع من جهة كون المقصود هو الشيء المستصنع لا العمل، فلشبهه بالإجارة يبطل بموت أحد العاقدين، ولشبهه بالبيع لم يجب تعجيل الثمن في مجلس العقد، وأُثبت فيه الخيار(25).

الرأي الثاني: الاستصناع إجارة:

فالاستصناع شبيه بالإجارة، ويتضح هذا الشبه في الصباغ حيث يقوم بصباغة الثوب ونحوه بمادة من عنده، ففيه شبه كبير بالاستصناع.

واجيب: بأن الأصل في الصباغ العمل، وإذا كان عمله يستلزم وضع الصبغ من عنده - لأنه أعرف بالمواد - فهو تبع للعمل، فصاحب الثوب يأتي إلى الصباغ بثوبه ليصبغه بينما يأتي المستصنع إلى الصانع صفر اليدين، فيتضح الفرق في ذلك(26).

(24) السرخسي، محمد بن احمد بن أبي سهل، "المبسوط"، دار المعرفة - بيروت، (84/15).

(25) ينظر علي القرة داغي، "عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز" ضمن كتاب: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، (ص130 وما بعدها).

(26) مصطفى الزرقا، "عقد الاستصناع"، (ص19).

القول الثاني: إن الاستصناع مواعدة (وعد وليس عقداً):

وهذا قول عند بعض الحنفية وهو قول الحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن مسلمة من الحنفية[27]، ومن المعاصرين د. علي السالوس[28]: إن الاستصناع ينعقد مواعدةً ابتداء، وبيعاً بالتعاطي انتهاء؛ إذا أتم الصانع صنعه.

والدليل على أنه مواعدة أنه يبطل بموت الصانع ولو كان بيعاً لما بطل بموته، ولأن للصانع أن لا يعمل، إذ ليس الاستصناع عقداً لازماً، وأنه لا يجبر عليه، بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به الصانع، ويرجع عنه، ولو كان عقداً لما جاز ذلك، ولأنه لو كان عقداً لما جاز شرعاً لأنه بيع المعدوم[29].

والذي أميل لترجيحه أن الاستصناع نوع من البيع، له شروطه، وخصائصه، وآثاره الخاصة به.

وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية في المعيار1/2/2 حيث جاء فيه: "عقد الاستصناع ملزم للطرفين إذا توافرت فيه شروطه وهي: بيان جنس الشيء المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة، ومعلومية الثمن وتحديد الأجل إن وجد، ويثبت للمستصنع الخيار إذا جاء المصنوع مخالفاً للمواصفات المشروطة...

وجاء في المعيار 2/2/2 بما أن الاستصناع عقد لازم بنفسه، فإنه تترتب آثاره بمجرد العقد ولا حاجة لإعادة إيجاب وقبول بعد الصنع، وهذا بخلاف الوعد بالمرابحة للآمر بالشراء الذي يحتاج إلى إنشاء البيع بإيجاب وقبول بعد تملك المؤسسة للجميع.

- المبحث الثالث : مقومات عقد الاستصناع و ثمرة الخلاف في حقيقة المعقود عليه :

أ- المطلب الأول: مقومات عقد الاستصناع:

مقومات عقد الاستصناع هي الصيغة، والعاقدان، ومحل العقد (المعقود عليه) وهذا بيان موجز لها:

المقوم الأول: الصيغة (الإيجاب والقبول) وما يشترط فيها.

ويشترط في صيغة عقد الاستصناع ما يشترط في صيغة عقد البيع.

المقوم الثاني: العاقدان (الصانع والمستصنع).

ويشترط فيهما ما يشترط في العاقدين في عقد البيع.

---

(27) السرخسي، أبو بكر محمد بن احمد، المبسوط مجلد 6، ج166/12.

(28) د. السالوس، علي احمد، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر 505/1.

(29) ابن نجيم، "البحر الرائق شرح كنز الدقائق"، (185/6) وابن عابدين، حاشية ابن عابدين 365/7 والبابرتي: العناية شرح الهداية، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام 243/6.

المقوم الثالث: محل العقد (المعقود عليه).

وهذا الركن يستدعي بيان حقيقة المعقود عليه في عقد الاستصناع وهو العين المستصنعة والثمن وقبل ذلك لابد من الإشارة إلى أن ثمة خلاف في المذهب في حقيقة المعقود عليه، هل هو العين أم العمل؟ على رأيين:

الرأي الأول: إن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العين وليس العمل، وهو رأي جمهور علماء المذهب، ورجحه كل من ابن عابدين والسرخسي والكاساني وشيخي زاده وابن مودود الموصلي ومن المعاصرين الأستاذ مصطفى الزرقا، ومقتضى هذا الرأي أن الاستصناع بيع لعين موصوفة في الذمة لا بيع عمل أي ليس إجارة على عمل[30].

وقد قالوا في توجيه هذا الرأي: إن المعقود عليه هو العين؛ لأن الصانع لو جاء بالمستصنع فيه مفروغاً منه، لا من صنعته (بأن كان من صنع غيره)، أو من صنعته قبل العقد، فأخذه المستصنع كان جائزاً، وكذا لو عمل بعد العقد، وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز، وقد أثبت محمد بن الحسن فيه خيار الرؤية، وهذا لا يثبت إلا في العين.

الرأي الثاني: إن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العمل وليس العين، وهو رأي أبو سعيد البردعي من الحنفية[31].

وذلك لأن الاستصناع استفعال من صنع؛ أي طلب الصنع، وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أن المعقود عليه هو العمل.

ولأن في الاستصناع شبهاً بالإجارة، ولذلك يبطل بموت أحد المتعاقدين، والمعقود عليه في الإجارة هو العمل، فكذلك الاستصناع.

والذي يظهر رجحانه الرأي الأول القائل بأن المعقود عليه هو العين؛ ويكون العمل تابعاً.

ب- المطلب الثاني : ثمرة الخلاف في حقيقة المعقود عليه :

وتتضح ثمرة الخلاف فيما لو أحضر الصانع للمستصنع سلعة مطابقة للأوصاف المتفق عليها، لكنها من صنع صانع غيره، فعلى القول الراجح يجبر المشتري على قبولها، وتبرأ ذمة الصانع إن لم يخبره بذلك، لأنه قد وفي بالتزامه، وكذلك تبرأ ذمته لو أحضر للمستصنع سلعة

(30) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، "تبيين الحقائق" دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1420هـ، (527/4). الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند، "الفتاوى الهندية"، الطبعة السادسة، 200م، دار الكتب العلمية - بيروت، (208/3). وابن عابدين: حاشية ابن عابدين 366/7 والسرخسي: المبسوط مجلد 6 ج 167/12.

(31) المرجع السابق، ابن نجيم، "البحر الرائق"، (186/6).

مطابقة للأوصاف من صنعه هو قبل التعاقد، ويجبر المستصنع على قبولها؛ لأنه إذا كان عمل الصانع الآخر ملزماً للمستصنع قبوله، فعمل الصانع نفسه أولى وأحرى[32].

هذا إذا لم يشترط المستصنع أن يكون الصانع هو من يقوم بصنعها؛ لتميزه - مثلاً - ودقة صنعته، فهنا يكون الشرط صحيحاً ويلتزم به الصانع.

ولهذا الرأي في الاستثمارات الإسلامية أثر واضح في الوفاء بالالتزامات الصناعية؛ فقد يكون المصنع (الصانع) في عقد الاستصناع لديه من السلعة المطلوبة أعداداً متراكمة من صنع سابق، فيستطيع أن يفي بالتزامه بما عنده منها دون أن يصنع غيرها ويتركها مركومة، كما أنه قد يكون لديه صفقة أخرى مستعجلة أهم لديه من الصفقة الجديدة، فيستطيع أن يشتري مما عند غيره مما هو موافق للمطلوب منه، ويوفي به التزامه[33].

جاء في المعايير 4/1/3 يجوز أن يشترط في عقد الاستصناع أن يتم الصنع من المؤسسة نفسها وفي هذه الحالة يجب عليها التقيد بذلك، ولا يحق لها أن تعهد بالإنجاز لغيرها. وفي المعيار رقم 5/1/3 يجوز للصانع تسليم ما صنعه هو قبل إبرام عقد الاستصناع أو ما صنعه غيره إذا لم يشترط عليه الصنع بنفسه، ولا يتخذ ذلك ذريعة لتأجيل البدلين في بيع موصوف في الذمة غير مقصود صنعه.

أما الشق الثاني من محل العقد فهو الثمن ويشترط فيه أن يكون معلوماً عند إبرام العقد سواء أكان نقوداً أو عيناً أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت المنفعة عيناً أخرى أم منفعة المصنوع نفسه، وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الانتفاع بالمشروع لمدة معينة[34].

ويجوز أن يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو مقسطاً إلى أقساط معلومة لآجال محددة كما يصح تعجيل دفعة مقدمة وتسديد باقي الثمن على دفعات متوافقة مع مواعيد التسليم لأجزاء المصنوع، ويجوز ربط الأقساط بمراحل الإنجاز إذا كانت تلك المراحل منضبطة في العرف ولا ينشأ عنها نزاع.

ويجوز اختلاف الثمن في عروض الاستصناع تبعاً لاختلاف أجل التسليم شريطة أن يتم تحديد الثمن بشكل نهائي عند إبرام العقد وذلك منعاً للغرر والجهالة المفضية إلى النزاع.

ولا يجوز أن يحدد الثمن حسب التكلفة وأن يوضع عليها زيادة معلومة كما يتم في المرابحة.

---

(32) مصطفى الزرقا، "عقد الاستصناع"، (ص32).
(33) مصطفى الزرقا، "عقد الاستصناع"، (ص33).
(34) انظر المعايير الشرعية 2/3 في الاستصناع والاستصناع الموازي.

وللمصرف إذا انخفضت التكلفة الفعلية عن التكلفة التقديرية أن يخفض من الثمن المحدد في العقد للمستصنع لدى البنك من غير شرط ولا يعتبر حقاً للمستصنع.

وكذلك الأمر في حالة زيادة التكلفة الفعلية عن التكلفة التقديرية فإنه لا يحق للمصرف أن يزيد عن الثمن المحدد في العقد[35].

المبحث الرابع: عقد الاستصناع بين اللزوم وعدمه:

اختلف فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع من حيث لزومه إلى قولين:

القول الأول: التفصيل: وذلك حسب مراحل العقد كما يأتي:

1- عدم اللزوم قبل الصنع.

2- عدم اللزوم، قبل أن يراه المستصنع وإن تم الصنع.

فالعقد في هاتين الحالتين غير لازم. قال الكاساني: "بلا خلاف"[36].

3- عدم اللزوم حتى بعد الفراغ من العمل ورؤية المستصنع للمصنوع، وللحنفية في هذه الحالة آراء ثلاثة:

الرأي الأول: أن للمستصنع الخيار في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن[37]، وعللوا ذلك بأن الصانع بائع والمستصنع مشترٍ، وقد أسقط الصانع خياره بإحضار المصنوع، فبقي الخيار للمستصنع.

الرأي الثاني: أن لكل من الصانع والمستصنع الخيار وهو رواية عن أبي حنيفة[38] وذلك لأن الخيار لدفع الضرر، وفي تخيير كل منهما دفع للضرر عنهما، فتخيير الصانع لكون السلعة تستحق أكثر مما دفع المستصنع، وتخيير المستصنع لأن السلعة قد تكون أقل من القيمة التي دفعها، أو لأمر آخر، ففي تخييرهما دفع للضرر عنهما.

الرأي الثالث: سقوط الخيار وهو رواية عن أبي يوسف[39] وذلك لأن الصانع بائع، وإحضاره للمستصنع دليل على إسقاطه الخيار، وأما المستصنع فلأن في إبقاء الخيار له ضرراً بالصانع لكونه تعب في صنعه واجتهد ليصل إلى بدله - وهو الثمن - ففي إثبات الخيار للمستصنع ضرر بيّن به.

---

(35) انظر المعايير الشرعية 2/3 في الاستصناع والاستصناع الموازي.

(36) الكاساني، بدائع الصنائع، (3/5).

(37) الكاساني، بدائع الصنائع، (4,3/5).

(38)الكاساني، بدائع الصنائع، (4/5).

(39) الكاساني، بدائع الصنائع، (4/5).

القول الثاني: أن الاستصناع لازم بمجرد العقد:

وهذا القول رواية عن أبي يوسف[40] وهو الذي نصت عليه مجلة الأحكام العدلية[41]، وعليه فلو تم العقد بين الطرفين فليس لأحدهما الفسخ إلا بإذن الآخر، واستدلوا بعدة أدلة منها[42]:

1- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[43]، ونحوها من النصوص الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، وعدم جواز نقضها بإرادة منفردة.

2- إن في عدم إلزام الطرفين بالعقد ضرراً على أحدهما، إما أن يكون ضرراً على البائع لكونه قد بذل جهده وتكلف الأدوات وأنهى العمل، أو لكونه قد جهز الأدوات وبدأ العمل، أو استعد بترتيب وقته وإلغاء أعماله للبدء في العمل، ففي عدم لزومه ضرر بيّن عليه، وإما أن يكون ضرراً على المستصنع لحاجته إلى العين المصنوعة، وربما تكون حاجته عاجلة، ففي إثبات الخيار للصانع ضرر عليه بانتظاره مرة أخرى أو بحثه عن صانع آخر، والشريعة قد جاءت بإزالة الضرر عن الجميع.

3- أن عقد الاستصناع هو عقد بيع – كما ذكرنا – فيكون لازماً.

يتضح مما سبق رجحان أن الاستصناع عقد لازم بمجرد العقد؛ لما في ذلك من المصلحة بتحقيق أهداف الاستصناع، وإزالة للضرر عن المتعاقدين وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية في المعيار 2/2/2. حيث جاء فيه "بما أن الاستصناع عقد لازم بنفسه فإنه تترتب آثاره بمجرد العقد...".

المبحث الخامس: شروط عقد الاستصناع:

لعقد الاستصناع شروط خاصة – إضافة إلى شروط البيع –، هي[44]:

1- **أن يكون المصنوع معلوماً:** بتحديد مواصفات الشيء المطلوب صناعته تحديداً وافياً يمنع التنازع عند التسليم وهذا ما نص عليه المعيار 2/1/3 "يجوز التعاقد على صنع أشياء

---

(40) الكاساني، بدائع الصنائع، (4/5). المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف، 576,575/1. نقلاً عن علي القرة داغي، "عقد الاستصناع"، (ص149).

(41) علي حيدر، "درر الحكام"، المادة "392"،(424/1). جاء فيها: "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع فيه، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة البينة، كان المستصنع مخيراً".

(42) علي القرة داغي، "عقد الاستصناع"، (ص151). مصطفى الزرقا، "عقد الاستصناع"، (ص27). مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ((777/2).

(43) سورة المائدة، آية: 1.

(44) الكاساني، بدائع الصنائع، (3/5). مصطفى الزرقا، "عقد الاستصناع"، (ص21 وما بعدها). علي القرة داغي، "عقد الاستصناع"، (ص140 وما بعدها).

تصنع بأوصاف خاصة يريدها المستصنع ولو لم يكن لها مثيل في السوق، بشرط أن تكون مما ينضبط بالوصف".

2- **أن يكون المصنوع مما تدخله الصناعة**، فلا يصح في البقول والحبوب ونحو ذلك. وقد نصت على ذلك المعايير حيث جاء في المعيار 1/1/3 "لا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة وتخرجه عن حالته الطبيعية...".

3- **أن يكون الشيء المصنوع مما يجري التعامل فيه**؛ لأن الاستصناع جائز استحساناً، فلا يصح فيما لا تعامل فيه، وذلك يختلف بحسب الأعراف السائدة في كل مكان وزمان، وقد نصت المعايير على أن محل الاستصناع الأشياء التي يكثر أمثالها في السوق ويحل بعض وحداتها محل بعض في أداء الالتزام بسبب صنعها بمواصفات موحدة كما يجوز أن يكون محل الاستصناع الأشياء التي ليس لها مثيل في السوق بشرط أن تكون مما ينضبط بالوصف" المعيار 2/1/3.

4- **أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع**، فإذا كانت من المستصنع فإنه يكون عقد إجارة لا عقد استصناع.

5- **الا يكون فيه أجل**، وفي هذا الشرط خلاف يحتاج إلى تفصيل نوضحه فيما يلي:

اختلف فقهاء المذهب الحنفي في اشتراط الأجل في الاستصناع على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح أن يكون في الاستصناع أجل؛ فإن ضرب له أجل صار سلماً، وهو قول أبي حنيفة[45].

واستدلوا:

1- بأن التأجيل يختص بالديون؛ لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة لا يكون إلا في عقد لازم، واللزوم في السلم لا في الاستصناع؛ إذ لا دين في الاستصناع.

2- أن السلم عقد على مبيع مؤجل في الذمة، فإذا ضرب الأجل في الاستصناع كان سلماً؛ إذ العبرة في العقود بالأحكام والمعاني لا بالألفاظ والمباني[46].

القول الثاني: يصح الاستصناع سواء ضرب فيه الأجل أم لم يضرب وهو قول الصاحبين[47] واستدل لهذا القول:-

(45) الكاساني، بدائع الصنائع،(3/5).

(46) الكاساني، بدائع الصنائع،(3/5).

(47) المرجع السابق.

1- بأن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، والاستصناع إنما جاز للتعامل.

2- أن القصد من الأجل في الاستصناع تعجيل العمل لا تأخير المطالبة من المستصنع، فلا يخرج العقد عن كونه استصناعاً، بينما القصد من السلم تأخير المطالبة[48].

والذي يظهر لي رجحان اشتراط الأجل في عقد الاستصناع قطعاً للنزاع والخصومة، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة (قرار رقم 7/3/66)؛ إذ إن من مقاصد الشريعة في المعاملات قطع المنازعات، ولذلك اشترط الفقهاء في عقد الاستصناع شروطاً لمنع المنازعة، كتحديد العين المصنوعة بما تنضبط به، وهذا لا يقل أهمية عن تحديد الأجل، فإن المستصنع كما أنه يحتاج إلى أوصاف معينة في العين المصنوعة، فهو محتاج إلى أن تكون تحت يده في أقرب وقت، وفي عدم تحديد الأجل تأخير له ومماطلة، كما أن في تحديد الأجل حض للصانع على سرعة إنهاء عمله، فيشترط بموجب ذلك تحديد الأجل[49].

وقد نصت المعايير الشرعية على جواز تحديد الأجل في المعيار 1/2/2.

المبحث السادس: تطبيقات عقد الاستصناع في المؤسسات المصرفية الإسلامية:

إن أمام البنوك الإسلامية مجالات استثمارية ليست متاحة أمام البنوك الربوية، ذلك أن البنوك الإسلامية تعتمد نظمها على الاستثمارات الفعلية في أسواق السلع المختلفة، بينما ينحصر نشاط البنوك التقليدية في التمويل بطريق الإقراض والاقتراض الربوي[50].

وقد دخل عقد الاستصناع العمل المصرفي الإسلامي كأسلوب للتمويل والاستثمار، وأثبت صلاحيته وقدرته على تمويل العديد من المشروعات الكبرى.

ويشير أستاذنا مصطفى الزرقا – رحمه الله – إلى أهمية عقد الاستصناع في ميدان التجارة.

فعقد الاستصناع لم يعد محصوراً كما كان في الماضي في نطاق الحاجات الفردية الشخصية، بل قد أصبح من الممكن اليوم أن ينطلق عقد الاستصناع إلى آفاق المصنوعات الواسعة في عصر الانفجار الصناعي.

كما أن عقد الاستصناع قد جمع بين خاصيتين؛ خاصية بيع السلم في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد، سيصنع فيما بعد، وخاصية البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمانياً، لا يجب تعجيله كما في السلم.

---

(48) المرجع السابق.

(49) علي القرة داغي، "عقد الاستصناع"، (ص143).

(50) مصطفى الزرقا، "عقد الاستصناع"، ص30.

ومن هاتين الخاصيتين يمكن للمصارف الإسلامية أن تحقق أرباحاً كبيرة جداً عن طريق الاستثمار الإسلامي على أساس عقد الاستصناع إذا مورس بخبرة تجارية، وبصيرة بالأسواق[51].

لقد حلّ عقد المرابحة للآمر بالشراء جزءاً كبيراً من مشكلة التمويل على أساس أن تقوم البنوك الإسلامية بشراء السلعة المصنعة، ومن ثم بيعها بربح للمحتاج لمثل هذه السلعة.

ولكن ما زالت جوانب مهمة من هذه المشكلة بحاجة إلى حل.

ويسهم عقد الاستصناع في حل المشكلة التمويلية على أساس أن يجري اتفاق بين طالب الاستصناع والبنك، يلتزم فيه البنك بتصنيع شيء معين، بسعر معين، يتفق على تقسيطه الفترة التي يراها المتعاقدان مناسبة، وواضح أن البنك سوف يحسب في هذا الثمن ما سوف يدفعه حقيقة عند اتفاقه مع صانع هذه الأشياء، مضافاً إليه الربح الذي يراه مناسباً، وبعد ذلك يجري البنك اتفاقاً منفصلاً مع صانع أو جهة يختارها لتصنيع هذه الأشياء وفق المواصفات في العقد الأول، وبحيث يدفع الثمن فوراً أو بعد التسليم، وعلى أن تركب الأشياء المصنعة وتسلم في المكان المحدد في العقد.

ويقوم البنك بعد ذلك بالتأكد من أن هذه الأشياء قد تمّ تصنيعها وفق المواصفات، ومن حق طالب الاستصناع في العقد الأول التأكد أن ما ركب أو ما جرى تصنيعه قد تمّ وفق المواصفات التي طلبها[52].

من صور الاستصناع المصرفي:

الصورة الأولى: المصرف باعتباره صانعاً[53]:

حيث يقوم المصرف على أساس عقد الاستصناع دخول عالم الصناعة والمقاولات كصناعة السفن والطائرات والبيوت والطرق وغير ذلك من خلال أجهزة إدارية مختصة بالعمل الصناعي في المصرف؛ لتصنيع الاحتياجات المطلوبة للمستصنعين.

الصورة الثانية: المصرف باعتباره مستصنعاً[54]:

حيث يقوم المصرف باستصناع المواد اللازمة بعقود مع الصناعيين فيوفر لهم التمويل

---

(51) مصطفى الزرقا، "عقد الاستصناع"، ص30.

(52) عبد السلام العبادي، "الاستصناع ودوره في العمليات التمويلية المعاصرة"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 9-14 مايو 1992، (406/2 وما بعدها).

(53) محمود عبد الكريم أحمد ارشيد، "الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية"، دار النفائس، الطبعة الثانية، 1427هـ - 2007م، ص122.

(54) محمود عبد الكريم احمد ارشيد، "الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية"، دار النفائس، الطبعة الثانية، 1427هـ - 2007م، ص122.

المبكر، ويضمن تسويق مصنوعاتهم، ويزيد من دخل الأفراد، وتصبح هذه المصنوعات ملكاً للمصرف يتصرف فيها بالبيع أو التأجير أو غيره.

الصورة الثالثة: الاستصناع الموازي[55]:

وذلك بأن يتعاقد المحتاج للسلع الصناعية مع المصرف، ليقوم المصرف بصناعتها وإنتاجها، ثم يتعاقد المصرف مع المختصين بصناعة ذلك النوع من السلع، على إنتاج سلع على أساس المواصفات والتصاميم المطلوبة المبينة في العقد الأول، ثم إذا تسلمها المصرف منهم بعد تمامها، يقوم بتسليمها للمستصنع في العقد الأول.

فالمقاول على هذا ليس لديه ارتباط قانوني بالمستصنع في العقد الأول، فعقده عقد موازٍ لعقد الاستصناع الأول، وليس معلقاً عليه، ويكون مسؤولاً عن تنفيذ المشروع أمام البنك كما لو لم يكن عقد الاستصناع الأول موجوداً، والبنك يضمن سلامة المشروع أمام العميل كما لو لم يكن عقد المقاولة موجوداً.

فيمثل العميل دور طالب الصنعة، كما يمثل المصرف دور الصانع، فالعلاقة بينهما كعلاقة الصانع بالمستصنع؛ كل منهما مسؤول عن الإخلال بالالتزام أمام الآخر؛ المصرف مسؤول عن حسن العمل والتنفيذ، وكذا العميل يكون مسؤولاً عن دفع الثمن للمصرف حسب الاتفاق[56].

هذا من جهة العميل والمصرف.

أما من جهة المصرف والمقاول؛ فالمصرف هو المستصنع، والمقاول هو الصانع، وما ذكرناه بالنسبة لعلاقة المصرف بالعميل، ينطبق تماماً على علاقة المقاول بالمصرف.

المبحث السابع: آلية تطبيق عقد الاستصناع في النظام المصرفي الإسلامي وحكم الاستصناع الموازي:

المطلب الأول: آلية تطبيق عقد الاستصناع في النظام المصرفي الإسلامي[57]:

أولاً: يقدم العميل طلب استصناع مبنى (سكن، مصنع، مخازن... الخ)، ويرفق مع الطلب بياناً كاملاً مدعماً بالرسوم والخرائط، أو يقوم بتوصيف ما يريد صنعه إلى الدائرة الهندسية التابعة للمصرف، وتقوم الدائرة بعمل اللازم، بالإضافة إلى التقرير الهندسي المتضمن كلفة المشروع، وتحويله إلى دائرة دراسة الجدوى الاقتصادية لتحديد الإيرادات المتوقعة من المشروع.

---

(55) وائل محمد عبد الله عربيات، "عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منه في المؤسسات الاقتصادية"، رسالة جامعية (دكتوراه) - الجامعة الأردنية، 2003.

(56) المرجع السابق.

(57) محمود عبد الكريم أحمد ارشيد، "الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية"، ص124.

ثانياً: يعرض الطلب على الإدارة في المصرف لدراسة إمكانية تنفيذه.

ثالثاً: في حالة الموافقة يطلب المصرف من العميل الضمانات اللازمة.

رابعاً: بعد التوقيع النهائي يقوم المصرف بتوقيع عقد الاستصناع مع العميل؛ يحدد فيه جميع الحقوق والالتزامات على كلا الطرفين.

بعد ذلك؛ إما أن يقوم المصرّف عبر الدائرة الهندسية، وبالتعامل مع شركة الإنشاءات التابعة له بالعمل والإنشاء، وهو الأفضل، أو يقوم المصرف عبر الدائرة الهندسية بالتوقيع مع أحد المقاولين المحليين عقد مقاولة؛ وذلك بإجراء عطاء والتوقيع مع الذي يرسو عليه العطاء، ولا علاقة بين العميل والمقاول، فعلاقة كل منهما مع المصرف مباشرة.

المطلب الثاني :حكم الاستصناع الموازي:

الاستصناع الموازي بالصورة السابقة جائز؛ لأنهما عقدان مختلفان، وقد سبق بيان أن الاستصناع عقد لازم، فعلى هذا يصح العقد في الجهتين، ولا ضرر على أحدهما؛ وذلك لأن المعقود عليه هو العين - كما سبق ترجيحه -، وأما العمل فهو تابع، وأن الصانع لو أتى بالصنعة نفسها من آخر فإن ذلك يصح، ويلزم المستصنع قبولها - ما لم يصرح باشتراط أن تكون من عمل الصانع، أو أن تقوم قرينة باشتراط ذلك، والغالب في الاستصناع الموازي أن العميل يعلم أن المصرف لا يصنع ذلك الشيء بل يستصنعه عند جهة أخرى، وحينئذ يكون الاستصناع جائزاً.

جاء في المعايير الشرعية[58]:

يجوز أن تبرم المؤسسة بصفتها مستصنعاً عقد استصناع مع الصانع للحصول على مصنوعات منضبطة بالوصف المزيل للجهالة وتدفع ثمنها نقداً عند توقيع العقد لتوفير السيولة للصانع، وتبيع لطرف آخر بعقد استصناع موازٍ مصنوعات تلتزم بصنعها بنفس مواصفات ما اشترته، وإلى أجل بعد أجل الاستصناع الأول وهذا بشرط عدم الربط بين العقدين. مع مراعاة ما جاء في البند 4/1/3 والذي ينص على أنه يجوز أن يشترط في عقد الاستصناع أن يتم الصنع من المؤسسة نفسها، وفي هذه الحالة يجب عليها التقيد بذلك، ولا يحق لها أن تعد بالإنجاز لغيرها.

كما يجوز للمؤسسة أن تجري بصفتها صانعاً عقد استصناع مع عميل بثمن مؤجل وتتعاقد مع صانع بثمن أو مقاول للشراء منه بالاستصناع الموازي لمصنوعات أو مبان بنفس المواصفات بثمن حال بشرط عدم الربط بين العقدين مع مراعاة ما جاء في البند 4/1/3.

(58) المعايير الشرعية: المعيار رقم(7) والبنود المتفرعة عنه.

ويجب على المؤسسة أن تتحمل نتيجة إبرامها عقد استصناع بصفتها صانعاً تبعات المالك ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم للمستصنع ولا يحق لها أن تحول التزاماتها مع العميل إلى الصانع في عقد الاستصناع الموازي كما لا يجوز الربط بين عقد الاستصناع وعقد الاستصناع الموازي، ولا يجوز التحلل من التسليم في أحدهما إذا لم يقع التسليم في الآخر، وكذلك التأخير أو الزيادة في التكاليف ولا مانع من اشتراط المؤسسة على الصانع في الاستصناع الموازي شروطاً (بما فيها الشرط الجزائي) مماثلة للشروط التي التزمت بها مع العميل في الاستصناع الأول أو مختلفة عنها.

المبحث الثامن: أثر نظرية الظروف الطارئة على عقد الاستصناع

ينشئ العقد بين العاقدين التزاماً بما اتفقا عليه، لا يجوز لأحد طرفي التعاقد نقض ذلك العقد أو تعديله.

وعليه فإنه يجب على المدين تنفيذ ما التزم به، مهما واجهته في سبيل تحقيق التزامه من صعوبات وعقبات.

فإذا وقعت بين فترة نشوء العقد وفترة تنفيذه ظروف مفاجئة لم يكن يتوقعها أحد المتعاقدين، أو لم يكن في الحسبان توقعها، ويكون من شأنها إرهاق أحد المتعاقدين والإخلال بالتوازن بين حقيهما، بما يجعل تنفيذه بحالته جائراً، ومتعارضاً مع موجبات قواعد العدل، فإنه من الظلم والحالة هذه تأييد الدائن فيما يتعسف فيه من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه برمته، غير آبه بما يلحق المدين من خسارة فادحة، وهذا ما بحثه فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانوني المدني تحت ما يُسمّى بنظرية الظروف الطارئة وأثرها على عقود الالتزامات.

فما أساس هذه النظرية؟ وما شروط العمل بها؟ وما أثرها على عقد الاستصناع؟

المطلب الأول : أساس نظرية الظروف الطارئة:

يذهب بعض الفقهاء من علماء القانون إلى أن هذه النظرية تقوم على أساس شرط ضمني يفترضه العاقدان في كل تعاقد؛ مقتضاه بقاء الظروف على حالها دون تغيير[59]؛ إذ إنهما يدخلان في حسابهما عند إبرام العقد قدراً معيناً من الاحتمال العادي عن ارتفاع السعر أو هبوطه بقدر معقول، ولكنهما لم يدخلا في حسابهما الاحتمالات غير العادية؛ كالحرب، أو الزلازل، أو الأزمات الاقتصادية الجارفة، فمثل هذه لا يمكن أن يتوقعاها، فما ينجم عنها من أضرار خارجة عن نطاق التعاقد، لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطئاً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

(59) عبد السلام الترمانيني، "نظرية الظروف الطارئة"، (ص11).

ويذهب آخرون إلى أن أساس هذه النظرية هو التعادل بين الالتزامات والأداءات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين[60]، فإذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة بموجب العقد، وفقد التوازن بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وقيمة ما يعطيه، وجب حينئذ رفع الإرهاق الجائر في الالتزام.

من الواضح أن نظرية الظروف الطارئة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة، وإنه لمّا تأباه النفوس الزكية أن ترى مديناً يحتمل وحده الخسارة المرهقة في الالتزام، وأن يبلغ به الأمر إلى حدّ إفلاسه، وخراب معيشته، بينما يكون ذلك سبباً في اغتناء الدائن، وإنه لمن الظلم تقرير الواقع المتحيز على ما هو عليه من الحيف والجور.

والذي يظهر أن ما سبق ذكره من أسس ومبررات ساقها رجال القانون لتدعيم جانب النظرية، لها سندها في نصوص الشرع، ومقتضيات أحكامه[61].

المطلب الثاني: شروط العمل بنظرية الظروف الطارئة

أولاً: أن يكون العقد من حيث المدة الزمنية لتنفيذه قابلاً لحدوث الظرف الطارئ.

إن العقود التي يمكن تطبيق النظرية عليها هي العقود التي يتصور فيها وقوع أمر مفاجئ بعد العقد إلى وقت التنفيذ؛ أي تلك العقود التي يرجأ تنفيذها إلى المستقبل، مهما كان مقدار الزمن الذي يفصل بين الانعقاد والتنفيذ، ما دام يسمح بوقوع الظرف الطارئ، أما العقود التي لا يتصور فيها وقوع أمر مفاجئ في تلك الفترة فإنها ليست مجالاً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وعلى أية حال؛ فإن أحكام النظرية إذن تسري على كافة العقود سواء أكانت عقود مدة أو عقوداً فورية، ملزمة لجانبين أو لجانب واحد، أمّا العقود الاحتمالية التي يغلب أن يتعرض المتعاقد فيها إلى خسارة جسيمة أو ربح كبير فإنها تخضع لنظرية الظروف الطارئة وهذه نتيجة متوقعة لكون العقد (في العقود الاحتمالية) بحكم طبيعته احتمالياً[62].

وبالنظر إلى عامل المدة في عقد الاستصناع فإنه من العقود المتراخية التنفيذ؛ لأن المعقود عليه في الاستصناع مفترض فيه أنه معدوم، وأن المقصود من العقد هو صنعه وإيجاده بالمواصفات المطلوبة، وهذا دون شك يستلزم أو يستدعي تراخياً في الزمن بين إبرام العقد

(60) عبد السلام الترمانيني، "نظرية الظروف الطارئة"، (ص10).

(61) ينظر محمد فتحي الدريني، "النظريات الفقهية"، (ص157 وما بعدها).

(62) عبد السلام الترمانيني، "نظرية الظروف الطارئة"، (ص120، 130، 134).

وتنفيذه، يمكن أن يطرأ خلالها ظرف طارئ يؤدي إلى جعل الالتزام مرهقاً للمدين إرهاقاً يجاوز حد السعة.

ومن ثم فإن هذه النظرية تنطبق على عقد الاستصناع، كغيره من العقود الزمنية التي يتفق فيه على أجل لاحق لتنفيذ التزامات التعاقد.

وقد تقرر بما سلف بحثه عن حكم عقد الاستصناع، أنه إذا انعقد صحيحاً كان لازماً منذ انعقاده، ملزماً للطرفين دون خيار لأحدهما منذ البداية، ولو قبل البدء بالصنع، كما لو كان بيعاً مطلقاً لسلعة موجودة معينة. لذا فإن نظرية الظروف الطارئة تحقيقاً لحكمة التشريع في إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد، واستثناء من قاعدة القوة الملزمة للعقد، أوكلت للقاضي بعد مراعاة الظروف، والموازنة بين مصلحة الطرفين، مهمة فسخ العقد إذا اقتضته المصلحة والضرورة.

وهذا يقودنا إلى أن سلطة القاضي في تطبيق النظرية استثنائية مطلقة؛ لأنها لا تقتصر على تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وإنما تجاوزته إلى فسخ العقد ونقضه إذا تعين سبيلاً لرفع الإرهاق.

وقد جاء في المعايير الشرعية ما يؤيد هذا حيث نصت في المعيار 1/2/4 على أنه "إذا وجدت ظروف طارئة تستدعي تعديل ثمن الاستصناع زيادة أو نقصاً فإنه يجوز باتفاق الطرفين أو بالتحكيم أو بالرجوع إلى القضاء مع مراعاة البند3/1/4 ونصه "لا يجوز زيادة الثمن لتمديد أجل السداد، أما تخفيض الثمن عند تعجيل السداد فيجوز إذا كان غير مشترط في العقد".

ثانياً: أن يكون الظرف أو الحادث استثنائياً، عاماً، لم يكن في الوسع توقعه، أو دفعه، فمن الأمور الاستثنائية قيام حرب، أو ثورة، أو حصول زلزال، أو وباء، أو زحف جراد، أو طوفان، أو ارتفاع فاحش في أسعار السلع لسبب ما[63].

ومن ثم يتعين استبعاد الحادث المألوف العادي، فهذا لا تأثير له، ويراعى الزمان والمكان؛ فما يكون استثنائياً في بلد قد يكون عادياً في بلد آخر، وما يكون استثنائياً في زمن قد يغدو مألوفاً في زمن آخر، ويلاحظ أن بعض الحوادث هي استثنائية بطبيعتها؛ كالحرب، والزلازل، والأوبئة، وأن بعضاً منها لا يكون استثنائياً إلا إذا جاوز الحد المألوف، كارتفاع الأسعار أو هبوطها.

(63) عبد السلام الترمانيني، "نظرية الظروف الطارئة"، (ص137). فاضل شاكر النعيمي، "نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون"، دار الجاحظ – بغداد، 1969م، (ص122).

ويشترط في الظرف أن يكون عاماً، فالظرف الاستثنائي الذي يقتصر على المدين وحده، كمرض المدين، أو إفلاسه، أو احتراق محصوله، أو هلاك بضاعته لا يعتبر حادثاً طارئاً بمقتضى النظرية[64].

ولا يشترط أن يكون الحادث عاماً على جميع الناس، وإنما يكفي أن يكون شاملاً لطائفة منهم، ويعد حادثاً عاماً انتشار وباء في البلد، أو تلف محاصيل الزراع في منطقة ما بسبب جراد غير مألوف، وكذا هلاك المواشي في إقليم ما بآفة مفاجئة.

ويشترط في هذا الظرف أيضاً أن لا يكون في الوسع توقعه، ومعيار التوقع معيار موضوعي: وهو أن يكون الحادث الاستثنائي العام نادراً وخارجاً عن المألوف، وأن يتجاوز بكثير من التقديرات التي يقدرها حين إبرام العقد رجل ذو بصيرة وأناة[65].

وهكذا لا يعد من الحوادث الاستثنائية قيام الحرب في ظروف دولية تنذر بتوقع الحرب، وإذا ثبت أن المدين قد توقع الحادث الاستثنائي العام، لم يعد من الجائز تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ويشترط في الظرف الطارئ أيضاً أن لا يكون في وسع المدين دفع تأثيره عن نفسه، فإذا أمكنه درؤه، أو تحاشيه والتحرز منه وقصّر في دفعه، فإنه لا يحق له التمسك بنظرية الظروف الطارئة[66]، كما لو انقطعت المواصلات انقطاعاً عارضاً يمكن التغلب عليه باستعمال طرق أخرى للنقل غير تلك التي اقطعت.

لقد أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة وعللوا إعمالها وتطبيقها بعجز المدين عن استيفاء منفعة المعقود عليه إلا بضرر غير مستحق بالعقد، لذلك رأوا النظرية تعمل في سائر الحالات التي يتحقق فيها مناط النظرية.

وقد أخذ الحنفية بنظرية العذر في تعديل الالتزامات وفسخ العقود وهي أوسع من نظرية الظروف الطارئة فالفكرة التي يقوم عليها العذر ليست هي طروء الحادث واستحالة دفعه، بل هي تحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بالعقد[67].

فالمرض مثلاً لا يعد ظرفاً استثنائياً في القانون، لكن فقهاء الحنفية ذكروا في تطبيقاتهم لنظرية العذر في عقد الإيجار، أنه لو استأجر رجل ظئراً ترضع ولده ثم مرضت، أو لم يأخذ

---

(64) عبد السلام الترمانيني، "نظرية الظروف الطارئة"، (ص138). فاضل شاكر النعيمي، "نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون"، (122).

(65) عبد السلام الترمانيني، "نظرية الظروف الطارئة"، (ص139).

(66) عبد السلام الترمانيني، "نظرية الظروف الطارئة"، (ص140).

(67) محمد فتحي الدريني، "النظريات الفقهية"، (ص174).

الصبي من لبنها، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة، بل تفسخ عندهم علاوة على ذلك بمجرد امتناعها عن إرضاعه[68].

وليس من شك أن المرض ليس عذراً عاماً يسوغ فسخ العقد ونقضُ احترامه، إنما هو عذر خاص بالشخص الذي أصابه المرض، ومع ذلك أجازه فقهاء الحنفية ممّا يؤكد أن شرطية العموم غير معترف بها في المذهب الحنفي.

وقد ظهر أيضاً أن العذر قد يكون متوقعاً وتعمل فيه النظرية؛ كما لو حاضت المرأة المستأجرة للعمل في خدمة المسجد أثناء مدة الإجارة، لأن في إمضاء العقد جبر على الحرام والزام به[69].

أو بلغ الولد المستأجر في مدة الإجارة، كان هذا عذراً يفسخ به العقد؛ لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه[70].

وطروء المانع الشرعي (الحيض) وكذا البلوغ في مدة الإجارة أمران متوقعان، ومع ذلك جاز الفسخ.

أما شرطية أن يكون الحادث الطارئ ليس في إمكان المدين دفعه والتحرز منه، فيمكن نقضها فقهاً بأن مجرد طروء مصلحة لأحد العاقدين؛ كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم، عذر كاف لفسخ عقد الإيجار في المذهب الحنفي[71].

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد ذلك الشيء الذي يستحيل توقعه، فالحرب والثورة، والأزمة الاقتصادية، والإضراب عوارض يغلب وقوعها، وبالتالي يجب توقعها.

فلو أخذنا بشرطية التوقع، وتبعاً لهذا القياس المنطقي سيمتنع تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ إذ يعسر على المدين أن يجد حادثاً لا يمكن توقعه.

وبالإبقاء على نظرية الظروف الطارئة ضمن القواعد العامة التي ذكرها الفقهاء، يفتح المجال لتطبيقها على عقد الاستصناع حيث تحقق الضرر جراء تنفيذه.

ثالثاً: أن يصبح تنفيذ الالتزام بسبب الظرف الطارئ مرهقاً

لا يكفي في تطبيق النظرية أن يصير تنفيذ الالتزام بعد وقوع الظرف الطارئ مؤدياً للخسارة، لكن يجب أن يصبح التنفيذ مرهقاً، حيث يؤدي إلى خسارة فادحة تتجاوز الحد المعقول، فلا يعد فوات الربح من قبيل الخسارة.

---

(68) علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع"، (200/4).
(69) محمد فتحي الدريني، "النظريات الفقهية"، (ص148).
(70) علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع"، (200/4).
(71) علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع"، (198/4).

ويقوم الإرهاق على اختلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة[72].

ويجب تقديره بشكل موضوعي بحسب نوع العقد، لا بشكل ذاتي بحسب شخص المدين، فيعد الإرهاق حاصلاً متى تجاوزت الخسارة الحدود المعقولة المألوفة في مثل الصفقة الحاصلة، ولو كان المدين عظيم الغنى يمكنه احتمال الخسارة الفادحة، فالعبرة في الخسارة لنوع الصفقة لا لثراء المدين[73].

فإذا تعاقد شخص على استصناع سلعة معينة، ثم ارتفع سعر المواد اللازمة في تصنيعها ارتفاعاً فاحشاً بسبب حادث طارئ، فله أن يتمسك بأحكام النظرية حتى لو كان ثرياً في مقدوره تصنيع السلعة بالسعر المنخفض رغم ارتفاع أثمان موادها.

وإذا كانت الغاية من تطبيق النظرية المحافظة على التوازن العقدي برفع الضرر غير المستحق، فإن إلزام الصانع باستصناع السلعة بعد ارتفاع أثمان لوازمها ارتفاعاً باهظاً، يخل بمبدأ التوازن إخلالاً خطيراً، فيجب والحالة هذه إزالة الإرهاق الواقع، ورفع الضرر الحاصل أو المتوقع عن طريق إعمال أحكام هذه النظرية.

(72) عبد السلام الترمانيني، "نظرية الظروف الطارئة"، (ص158، 161).

(73) محمد رشيد قباني، "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الأولى، العدد الثاني، 1980م، (ص104).

مراجع الفصل الرابع

1- أحمد بن حنبل، المسند، ت: شعيب الأرناؤوط، و عادل مرشد، و آخرون، إشراف: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى: 1412 هـ – 2001م.

2- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، ط: المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية: 1405هـ – 1985م.

3- الألباني ، محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها و فوائدها، ط: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض – السعودية، الطبعة الأولى: 1415هـ –1995م .

4- الألباني ، محمد ناصر الدين ، ضعيف الجامع الصغير و زياداته ، إشراف: زهير الشاويش ، ط : المكتب الإسلامي ، بيروت – لبنان .

5- البابرتي ، محمد بن محمد بن محمود ، العناية شرح الهداية ، ط : دار الفكر ، بيروت – لبنان ، بلا رقم طبعة و بلا تاريخ نشر .

6- البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، ت: شعيب الأرناؤوط وعادل مرشد وآخرون، ط: الرسالة العالمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى:1432 هـ – 2011م .

7- البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ت: محمد أمين الضناوي، ط: عالم الكتب، بيروت – لبنان.

8- البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ت: محمد عبد القادر عطا، ط: دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة، 1424 هـ – 2003م .

9- الترمانيني، عبدالسلام، نظرية الظروف الطارئة، ط: دار الفكر، دمشق – سورية، سنة النشر: 1971م .

10- الترمذي ، محمد بن عيسى، السنن، ت: عزت عبيد الدعاس، ط: دار ابن كثير، بيروت – دمشق ، الطبعة الأولى، 1428هـ – 2007 م .

11- الحطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط: دار الفكر، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة، 1412 هـ – 1992م .

12- الدارقطني، علي بن عمر، السنن، ت: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي ، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، ط: مؤسسة الرسالة ، بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى، 1424 هـ – 2004م .

13- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، السنن، ت: السيد محمد سيد، عبدالقادر عبد الخير، سيد إبراهيم، ط: دار الحديث، القاهرة – مصر، سنة النشر: 1420 هـ – 1999م.

14- الدريني، محمد فتحي، النظريات الفقهية، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت.

15- الدسوقي ، محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل لأحمد الدردير، ط: دار الفكر، بيروت – لبنان.

16- الزرقا، مصطفى أحمد، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ط: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب – السعودية .

17- الزيلعي ،عثمان بن علي، تبيين الحقائق بشرح كنز الدقائق، ط: المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، تصوير دار الكتاب الإسلامي.

18- السالوس، علي أحمد ، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، ط: دار الثقافة، بيروت – لبنان، ومؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، سنة النشر 2003م .

19- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، ط: دار المعرفة، بيروت – لبنان، سنة النشر: 1414 هـ – 1993م .

20- الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ت: مكتب البحوث و الدراسات بدار الفكر، ط: دار الفكر، بيروت – لبنان.

21- شيخي زاده، عبدالرحمن بن محمد الكليبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ط: دار إحياء التراث العربي، بلا رقم طبعة، و بلا تاريخ نشر.

22- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار الشهير بـ "حاشية ابن عابدين "، ط: دار الفكر، بيروت – لبنان، 1412 هـ ـ 1992م .

23- العبادي، عبد السلام، الاستصناع ودوره في العمليات التمويلية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 9-14 مايو 1992.

24- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط: دار الجيل، بيروت – لبنان

25- ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين عبدالله بن أحمد، المغني، ط: مكتبة القاهرة ، القاهرة – مصر ، بلا رقم طبعة ، سنة النشر:1388 هـ – 1968م .

26- القرة داغي، علي، عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز، ضمن كتاب: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط: دار البشائر الإسلامية، بيروت – لبنان.

27- الكاساني، علاء الدين ، أبوبكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط: دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية، 1406 هـ – 1986 م.

28- ابن مازة البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ت: عبدالكريم سامي الجندي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى، 1424 هـ – 2004م .

29- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الأولى ، العدد الثاني، 1980م .

30- محمود عبدالكريم ارشيد، الشامل في معاملات و عمليات المصارف الإسلامية، ط: دار النفائس، عمان – الأردن، الطبعة الثانية، 1427هـ – 2007م .

31- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح الإمام مسلم، ت: أبو صهيب الكرمي، ط: بيت الأفكار الدولية، عمان – الأردن.

32- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط: دار صادر، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى.

33- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مطبوع مع تكملته لمحمد بن حسين بن علي الطوري، و حاشية منحة الخالق لابن عابدين، ط: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

34- النسائي، أبوعبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن، ت: السيد محمد السيد، وعلي محمد علي، وسيد عمران، ط: دار الحديث: القاهرة – مصر، الطبعة الأولى 1420هـ – 1999م.

35- نظام الدين البلخي و جماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية، ط: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، الطبعة السادسة، 2000م .

36- النعيمي، فاضل شاكر، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ط: دار الجاحظ، بغداد – العراق، 1969م.

37-النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين،

ت: زهير الشاويش، ط: المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة، 1412هـ – 1991م .

38- وائل عربيات، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منه في المؤسسات الاقتصادية، رسالة جامعية (دكتوراه) – الجامعة الأردنية، 2003م ، ط: دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن .



الفصل الخامس

معيار الاجارة و الاجارة المنتهية بالتمليك

تمهيد

- المبحث الأول: الإجارة، ماهيتها، ومشروعيتها، ومقوماتها، وأقسامها، وأحكامها. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في تعريف الإجارة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية الإجارة.

المطلب الثالث: مقومات الإجارة.

المطلب الرابع: أقسام الإجارة.

المطلب الخامس: أحكام الإجارة.

- المبحث الثاني: الإجارة المنتهية بالتمليك؛ نشأتها، ومفهومها، وصورها، وأحكامها. وفيه أربع مطالب:

المطلب الأول: نشأة عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

المطلب الثاني: مفهوم عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

المطلب الثالث: صور عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

المطلب الرابع: أحكام صور الإجارة المنتهية بالتمليك.

المطلب الخامس: أحكام بعض المسائل العملية.

تمهيد:

تعدُّ الإجارة من أقدم العقود عهداً، ومن أكثرها تداولاً ؛ إذ ليس بين الناس غالباً إلا من هو مؤجِّر أو مستأجر، وهو عقدٌ لا غنى للناس عنه ؛ فبه يحصِّل أكثر الناس – ممَّن لا يملكون عقارات أو آليات ولا يستطيعون مالياً تملكها –مأوىً لعائلاتهم ، ومستودعاً لأمتعتهم، ومعرضاً لسلعهم يسترزقون منه، وأشياء أخرى لا يستطيعون حيلةً بحكم أوضاعهم المادية إلى شرائها ، فيأتي عقد الإجارة ليُتيح لهذه الفئة من الناس إمكان الانتفاع بما اتجهت إليه رغباتهم في مقابل أجر معقول يتم الاتفاق مع مالك العين على تحديده، وكيفية دفعه.

كما يوفِّرُ هذا العقد للملاَّك الذين لا يجدون وقتاً كافياً لاستثمار أموالهم وتنميتها ، فرصة استغلالها عن طريق استخدام هذه الأموال في تشييد المباني أو شرائها بقصد تأجيرها، للحصول على عوائد وأجور بصفة منتظمة.

وتعدُّ الإجارة بالنسبة للمستأجر أحد مصادر التمويل التي تمكنه من الحصول على ما يحتاجه من معدات وآليات وأصول دون إرهاق نفسه بدفع أثمانها مقدَّماً أو مقسَّطاً، كما أنها تحميه من مخاطر التضخم وزيادة كلفة الأصول في المستقبل من خلال الاتفاق مع المؤجر على الانتفاع بتلك الأصول التي يملكها مع الالتزام له بأداء دفعات إيجارية دورية وثابتة .

كما يُلقي المستأجر عن كاهله مخاطر أصول قد تتعرَّض نتيجة التطور التقني السريع إلى تقادم، وكذا نقل مخاطر تحول الأصل إلى خردة في نهاية عمره الافتراضي إلى المؤجر[1].

هذا؛ وقد وُجِدَ في عصرنا الحاضر لون من الإجارة لم يكن معروفاً من قبل ، أوفدته إلينا الثقافة الغربية المستوردة، يبدأ باستئجار العين ثم يؤول إلى تملك المستأجر لتلك العين بعد مدة محددة، وقد أطلق عليه أسماء متعددة منها: الإجارة التمويلية، والإجارة المنتهية بالتمليك، والبيع الإيجاري، والإيجار الساتر للبيع، والإيجار المقترن بوعد البيع ، ووقف البعض منه موقف النقيض ؛ بين متشدد يرفضه البتة من غير تعمق في البحث والدراسة، وبين مفرِّط يندفع نحو تأويل النصوص، وحشد بل حشر الأدلة الشرعية غير المناسبة لموضوعه؛ وذلك لإيجاد نوع من التلاقي بين التشريع الإسلامي والمنتجات الغربية الوافدة، أو ليصبغه بالشرعية التي تضفي عليه قبولاً في المجتمع الإسلامي، وبين متوقف صامت في حيرة من أمره ، يتردد موقفه بين القبول والرفض، ولا يستقر في معرفة حكم شريعته في هذا المنتج الجديد على رأي.

(1) شتا، علي أبو الفتح أحمد، المحاسبة عن عقود الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية،ط1 1424هـ-2003م، ص7.

ولقد كان لانتشار هذا العقد في المصارف التقليدية داخل البلدان الإسلامية بنفس الصورة التي كان يُطبَّق على ضوئها في البلدان الغربية نذير خطر، إذ أصبح شيئاً مألوفاً، وهو لم يصل إلينا سالماً من المخالفات الشرعية، بل هو بصورته التقليدية التي نشأ عليها عقد لا يستقيم مع أحكام الشريعة الإسلامية، لذا انبرى لهذا العقد نخبة من العلماء الأجلاء فأثروه تعديلاً وتصحيحاً وحذفاً وإضافةً، ووضعوا له من الضوابط الشرعية ما يكفل سلامة تطبيقه، وجعلوا منه منتجاً إسلامياً صالحاً للتطبيق في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية.

ولكن على الرغم من ذلك؛ لا زلنا نسمع ونقرأ بين الفينة والأخرى آراء تنادي بمقاطعة هذا العقد بحلته الإسلامية الجديدة، لاشتماله على محذورات شرعية، وهي عند التحقيق مسائل ثار بشأنها توهمات أو ملابسات دفعت البعض إلى تحريمه، وهي – كما سيظهر في هذا البحث – لا تصل إلى حدٍّ الطعن في العقد أو ادعاء عدم صلاحيته شرعاً للتطبيق.

ناهيك عمَّا جلبته هذه الضجة الخلافية حول العقد من أضرار بقطاع المصارف الإسلامية، ومشاكل قانونية جرَّاء مطالبة المتعاقدين مع البنك فسخ العقد.

فشعرت أنَّ من واجبي بحث هذا الموضوع؛ لبيان الشبهات وتفنيدها ؛ تلبيةً لنداء المسؤولية الملقاة في عنق كل مسلم تجاه قضايا أمته الشائكة.

المبحث الأول: الإجارة؛ ماهيتها، ومشروعيتها، ومقوماتها، وأقسامها، وأحكامها

يشتمل هذا المبحث على المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الإجارة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: مشروعية الإجارة.

المطلب الثالث: مقومات الإجارة.

المطلب الرابع: أقسام الإجارة.

المطلب الخامس: أحكام الإجارة .

المطلب الأول : تعريف الإجارة في اللغة والاصطلاح

(أولاً) الإجارة لغة:

اسم للأجرة، وهي أي الإجارة بكسر الهمزة وفتحها وضمها، والكسر أشهر من أجّر يأجِرُ (بضم الجيم وكسرها)، ومعناها ما أعطيت من أجر على عمل.

نقل عن المبرد أنه يقال: أجر وآجر وإجاراً وإجارة، وعليه فتكون الإجارة مصدراً، وهذا ما يناسب المعنى الاصطلاحي.

والأجر: الإثابة والمجازاة على العمل، ويطلق الأجر على الثواب الذي يكون من الله تعالى للعبد على العمل الصالح، ويطلق على جزاء الإنسان للإنسان، بخلاف الأجرة فإنها لا تطلق إلا على جزاء الإنسان للإنسان فقط، وهي ما يعطى للأجير في مقابل العمل.

كما يطلق الأجر على عوض المنافع في الدنيا، قال تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾[2]

والأجر بمعنى الجبر، ومنه جبر العظم، والمعنى الجامع بينهما أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله فيما لحقه من كدٍّ فيما عمله[3].

(ثانياً) الإجارة اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الإجارة بتعريفات متقاربة في المعنى:

فقد عرفها الحنفية بأنها: "تمليك نفع مقصود من العين بعوض". "أو عقد على المنافع بعوض"[4].

وعرفها المالكية بأنها: "عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض"[5].

وعند الشافعية هي: "عقد على منفعة مقصودة، معلومة، مباحة، قابلة للبذل والإباحة، بعوض معلوم"[6].

وعند الحنابلة هي: "بذل عوض معلوم، في منفعة معلومة، من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو في عمل معلوم"[7].

---

(2) سورة الكهف، اية 71.

(3) ابن فارس، احمد، (ت395 هـ) معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، 6م، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2، 1970م، مادة أجر، ج1، ص62-63، وابن منظور، محمد بن مكرم، (ت711هـ)، لسان العرب، بيروت، مادة اجر، ج1، ص34.

(4) ابن عابدين، محمد امين، (ت1252هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، 8م، دار الفكر، ط2، 1966م، ج6.

(5) الدردير، احمد بن محمد، (ت1201هـ)، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وبهامشه حاشية الصاوي، أحمد بن محمد، 4م، دار المعارف، مصر، 1392هـ، ج4، ص6.

(6) الشربيني، محمد الخطيب، (ت977هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفظ المنهاج، 4م، مطبعة مصطفى الحلبي، 1958م، ج2، ص34.

(7) المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل ،تحقيق محمد حامد الفقي، 12م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1957م، ج6، ص3.

وابن قدامة، موفق الدين عبد الله، المغني، ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، مطبوع ومعه الشرح الكبير 6/8

نلاحظ أن التعريفات السابقة متقاربة، وتعريف الحنابلة يتضمن التعريفات الأخرى وهو يشمل إجارة الأعيان وإجارة الأشخاص والإجارة الموصوفة في الذمة.

وعرفها القانون المدني الأردني في مادته 658 بأنها: "الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء أجر معلوم"[8]. وقد قصرها القانون على إجارة الأعيان؛ حيث أفرد لإجارة منافع الأشخاص –سواء كان الأجير خاصاً أو مشتركاً– أحكاماً خاصة ،وأسبغ عليها تسمية اصطلاحية حديثة هي (عقد العمل وعقد المقاولة) .

المطلب الثاني: مشروعية الإجارة

ذهب الفقهاء إلى أن الإجارة من المعاملات الجائزة شرعاً[9]، وهذه المشروعية ثبتت بالقرآن الكريم والسنة والإجماع والمعقول.

أما القرآن الكريم: فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[10]

وقوله: قَالَتْ إِحْدَاهُمَا ﴿يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴿٢٦﴾﴾[11]

وقوله تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴿٧٧﴾﴾[12]

وهذه الآيات الكريمة تدل على مشروعية الإجارة، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يمنعه.

وأما دليل مشروعيتها من السنة:

فما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله (: "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"[13]

وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي (قال: "ثَلاثَةٌ أنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ: وَمَنْ كُنْتُ

---

(8) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص551.

(9) قاضي زاده، (ت988هـ)، تكملة فتح القدير، م، مكتبة مصطفى الحلبي، مصر، ط1، 1970م، ج8 ص60. القرافي، احمد بن إدريس، ت685هـ، الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، ج5، ص371. الماوردي، علي بن محمد (ت450هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، 1994م، المرداوي، الإنصاف، ج6، ص3.

(10) سورة الطلاق، آية 6.

(11) سورة القصص، آية 26.

(12) سورة الكهف، آية 77.

(13) ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، (ت275هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، كتاب الرهون 16، باب أجر الأجراء، ٤، حديث 2443، ج2، ص817.

خَصْمَهُ خَصْمْتهُ يَوْمَ القِيَامَة: رَجُلٌ أعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرّاً فَأكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أجْرَهُ"[14].

وما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: "اسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ (وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلاً مِنْ بَنِي الدِّيلِ، هَادِيًا خِرِّيتًا وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ، فَأمِنَاهُ فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلاثِ لَيَالٍ، فَأَتَاهُمَا بِرَاحِلَتَيْهِمَا صَبِيحَةَ لَيَالٍ ثَلاثٍ، فَارْتَحَلا، فَأَخَذَ بِهِمْ طَرِيقَ السَّاحِلِ"[15]. فالحديث صريح ونص في مشروعية الإجارة.

وما صح من قوله (في حديث الرقية بالفاتحة "أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللهِ"[16].

ووجه الدلالة في الآيات والأحاديث الشريفة السابقة واضحة على أن الإجارة من المعاملات التي شرعها ديننا الحنيف.

أما الإجماع: فقد أجمعت الأمة الإسلامية منذ عصر الصحابة الكرام إلى عصرنا الحالي على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك، لأنه غرر، يعني أنه عقد على منافع لم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسائر الأمصار[17].

أما وجه مشروعية الإجارة من المعقول: فهو الحاجة إليها؛ إذ ليس كل إنسان قادر على شراء ما يرغب في الانتفاع به، فلولا الإجارة لتعقدت الحياة، ولأصبحت أحوال الناس جحيماً لا يطاق، جاء في الحاوي الكبير: "ليس كل من أراد طعاماً لمأكله وثياباً لملبسه قادر على عمله بنفسه وعلى أحداثه وإنشائه، فدعت الضرورة إلى الإجارة على المنافع، كما دعت الضرورة إلى ابتياع الأعيان، ثم كان البيع جائزاً فكذلك الإجارة[18].

قال ابن قدامة: "ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك، ولا يجد متطوعا به، فلا بد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقا للرزق "[19].

---

(14) البخاري: الصحيح، كتاب البيوع، باب إثم من باع حُرّاً، رقم الحديث (2227).
(15) البخاري: الصحيح، كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة، رقم الحديث (2263).
(16) البخاري: الصحيح، كتاب الطب، باب الشرط في الرقية، حديث رقم (5373).
(17) ابن قدامة، المغني، 6/8.
(18) الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص205.
(19) ابن قدامة: المغني، 6/8.

المطلب الثالث: مقومات عقد الإجارة:

مقومات عقد الإجارة هي:

أ. الصيغة (الإيجاب والقبول).

ب. العاقدان.

جـ. المعقود عليه (المنفعة والأجرة).

وسنتناول هذه المقومات بشيء من التفصيل:

الفرع الأول : الصيغة:

وهي الإيجاب والقبول، ومن خلالها يتم معرفة إرادة الطرفين المتعاقدين بما يصدر عنها من لفظ الإجارة أو الكراء وما في معناهما مما يدل على تمليك المنفعة بعوض؛ كأن يقول أجرتك هذه الدار بكذا فيقول الآخر قبلت أو استأجرت، أو بما يقوم مقام اللفظ، كالمعاطاة عند الجمهور كغيرها من العقود خلافاً للشافعية الذين لا يرون انعقاد العقد بالمعاطاة[20].

ويشترط في الصيغة أن تكون دالة على الجزم دون تسويف أو تعليق، والأصل في عقد الإجارة أن يكون منجزاً إذا لم يوجد ما يدل على إضافته أو تعليقه. ويرى جمهور الفقهاء أنه يصح إضافة الإجارة إلى المستقبل سواء أكانت إجارة عين أم إجارة في الذمة[21].

وذهب الشافعية في الأصح إلى أن الإضافة تصح في الإجارة الواردة على موصوف في الذمة، ولا تصح في الإجارة الواردة على عين إلا في صور مستثناة كأن يتم عقد الإجارة ليلاً على عين لا يستوفى منفعتها إلا بالنهار، أو أن يتم العقد على استئجار سيارة للحج قبل البدء بأعمال الحج بشرط تهيؤ أهل البلد للحج، بمعنى أن الزمن الذي أُضيف إليه العقد يسيراً[22].

والأصل في عقد الإجارة أنه يفيد اللزوم إلا إذا دلّ دليل على غير ذلك كوجود شرط الخيار، وثبوت خيار الرؤية أو العيب، سواءً في ذلك إجارة الأعيان أم الإجارة الموصوفة في

---

(20) الكاساني، علاء الدين ابوبكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2 1986م، ج5، ص133 . الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر،بدون طبعة ولا تاريخ، ج4، ص2، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، 1994م، 450/3، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المقنع في فقه الإمام أحمد، المطبعة السلفية، ج2، ص195.

(21) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية،3/4، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط٢، 310هـ، 410/4.

(22) القليوبي، أحمد سلامة.البرلسي، أحمد عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ٤م، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، مصر،76/3.

الذمة. وقد ذهب محمد بن الحسن إلى أن الإجارة المضافة إلى المستقبل يجوز لكل من طرفي العقد فسخها قبل حلول بدء مدتها[23].

ومن أهم الشروط الواجب توافرها في صيغة الإجارة هي أن تكون هذه الصيغة واضحة حتى لا تفضي الجهالة إلى النزاع[24].

وقد نصت هيئة المحاسبة على أنه يجب تحديد مدة الإجارة ويكون ابتداؤها من تاريخ العقد ما لم يتفق الطرفان على أجل معلوم لابتداء مدة الإجارة[25].

الفرع الثاني: العاقدان:

وهما المؤجر، وهو دافع المنفعة، والمستأجر وهو الآخذ لهذه المنفعة[26].

ويشترط في العاقدين[27]: العقل والتمييز ،فلا تنعقد إجارة المجنون، والمعتوه، ولا الصغير غير المميز، ويكون عقد الصغير المميز موقوفاً على إجازة وليه، وأما السفيه المحجور عليه فلا تنعقد العقود بعبارته فيما حُجر عليه فيه، والبالغ العاقل الذي لم يصل إلى سن الرشد فعقوده كعقود الصغير المميز تكون موقوفة على إجازة وليه ،ما لم يتم ترشيده، فإن رُشّد ؛ كان فيما رشِّد فيه رشيداً، ومن بلغ سن الرشد فعقوده صحيحة إذا صدرت عن الرضا والاختيار، ولا يشترط لصحة عقد الإجارة الاتفاق في الدين؛ فيصح أن يستأجر المسلم من غير المسلم أو غير المسلم من المسلم ما دام الغرض حلالاً وقد نصت على ذلك المعايير الشرعية [28].

ويرى بعض الفقهاء الجواز مطلقاً في حالة الضرورة وغيرها، استدلالاً بالحديث السابق[29].

الفرع الثالث : المعقود عليه (المنفعة والأجرة)

يتكون المعقود عليه في الإجارة من شيئين هما المنفعة والأجرة :

(أ) المنفعة:

عقد الإجارة يقع على المنافع لا على الأعيان، وملكية المنفعة لا تستلزم ملكية العين، وملكية

(23) الفتاوى الهندية، 410/4.

(24) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص181، الرملي، محمد بن أبي العباس احمد، نهاية المحتاج، دار الفكر، طبعة 1984م ، ج5، ص263.

(25) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، 2010م، بند رقم 2/1/4، ص113.

(26) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص2، النووي، يحيى بن شرف، (ت676هـ) روضة الطالبين، 12م، المكتب الإسلامي، ج4 ص173.

(27) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص176. الرملي، نهاية المحتاج ، ج5، ص262.

(28) ينظر البند 3/1/5من المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك ، ص114.

(29) كشاف القناع، 14/44، وحاشية قليوبي على المنهاج، 78/3، والمغني،554/5.

العين تستلزم ملك المنفعة، وبذلك يختلف عقد الإجارة عن عقد البيع، وما تجدر الإشارة إليه والتنبيه عليه أن ملك المنفعة يفترق عن حق الانتفاع من حيث المعنى، والمنشأ، والأثر.

فمن حيث المعنى: فإن ملك المنفعة فيه اختصاص حاجز لحق المستاجر في منافع المأجور، ففيه معنى الملكية وقوتها فله أن ينتفع بنفسه وبغيره وأن يعيد تأجيره بشروط معينة.

أما حق الانتفاع فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع بالحق الشخصي دون الامتلاك.

ومن حيث المنشأ: فإن ملك المنفعة ينشأ عن عقد مملك كالإجارة، والوصية بالمنفعة، والوقف. وحق الانتفاع يثبت بالعقود التي تفيد ملك المنفعة كالبيع، والإجارة، والهبة، كما يثبت بكون الشيء مخصصاً للانتفاع العام كالطرقات والحدائق.

ومن حيث الأثر: فإن ملك المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملكه إياها، فيحق له أن يملك المنفعة التي استفاد ملكيتها. فللمستأجر أن يؤجر المأجور وأن يعيره، وللمستعير أن يعير غيره إذا كان الشيء مما يتأثر باختلاف المستعملين كإعارة الدواب والثياب، فإنه ليس للمستعير أن يعيرها.

وليس للمستعير أن يؤجر العارية مطلقاً؛ لأن عقد العارية عقد غير لازم، وعقد الإجارة عقد لازم، ولا يبنى عقد لازم على عقد غير لازم[30].

الإجارة للخدمات التي تقترن بها مواد وسلع:

يشترط في الإجارة أن لا يتضمن استيفاء المنفعة استهلاك العين، فلا يصح استئجار الشمع للإضاءة، والصابون للغسل به، والطعام للأكل؛ لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة من العين إلا بإتلافها، وهذه الأمور ونحوها مما لا خلاف فيه عند الفقهاء[31].

وأجاز جمهور الفقهاء أن يرد عقد الإجارة على المنفعة أصلاً، وتستهلك العين تبعاً فيما جرى العرف باعتباره تبعاً للعين المؤجرة[32]، ومن ذلك ما ذكره البهوتي:

- "إذا كان عرف الدار السكنى واكتراها فله السكنى وله وضع متاعه فيها ويترك فيها من الطعام، وما جرت عادة الساكن به. قال في المبدع: ويستحق ماء البئر تبعاً للدار في الأصح"[33].

---

(30) مجلة الأحكام العدلية بشرح الاتاسي، المواد (586، 587، 819، 823).
(31) حاشية الدسوقي، 19/4، والمغني، 549/5، وكشاف القناع، 561/3.
(32) المراجع السابقة.
(33) كشاف القناع، 548/3.

- "وقال في التلخيص: ما يأخذه الحمامي أجرة المكان والسطل والمئزر، ويدخل الماء تبعاً لأنه لا يصح عقد الإجارة عليه، وهذا بخلاف مسألة الشرب فإن الماء مبيع"[34].

وقال: ويدخل أيضاً تبعاً حبر ناسخ وأقلامه في استئجار على نسخ، وخيوط خياط في استئجار على خياطة، وكحل كحال في استئجار على كحل، ومرهم طبيب، وصبغ صباغ... الخ[35].

- ومن ذلك ما ذكره الحنفية في الفتاوى الهندية: "والأصل أن يكون العمل من الصانع - الأجير - والعين من صاحب العمل، غير أن العرف جرى على أن يقدم الأجير المشترك الخيط من عنده في الخياطة، والصبغ من عنده في الصباغة، مما يعتبر تابعاً للصنعة ولا يخرجه ذلك من كونه عقد إجارة إلى عقد استصناع"[36].

وخرّج بعض الفقهاء جواز إجارة الظئر بأن المعقود عليه هو المنفعة وهو خدمتها للصبي والقيام بشؤونه، واللبن يستحق عن طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب، لأن اللبن عين فلا يعقد عليه في الإجارة[37].

وقال بعضهم: إن استئجار الظئر جاء استثناءً على خلاف القياس للضرورة، وقد ثبت فيه النص[38].

واختلفوا في جواز استئجار الأشجار للحصول على ثمرتها، والشاة لأجل الاستفادة من صوفها ولبنها أو نتاجها.

فقال الجمهور: لا يجوز ذلك لأن عقد الإجارة ورد على العين، وما خرج منها معدوم فلا يصح العقد عليه كما لا يصح بيع المعدوم.

وقال بعض الفقهاء: يجوز لأن كلاً من العين والمنفعة يحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء الأصل، فتصح الإجارة على الحادث من العين سواء كان الحادث عيناً أو منفعةً، لأن الإجارة تكون على ما يحدث مع بقاء العين. ونقل هذا الرأي عن بعض فقهاء المالكية، وبعض فقهاء الحنابلة[39].

---

(34) كشاف القناع،548/3.
(35) كشاف القناع، 563/3، والفتاوى الهندية، ٥٥٤/٤، وحاشية الدسوقي، 23/4، والمهذب، 400/1.
(36) الفتاوى الهندية، 410/4.
(37) السرخسي، محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، بدون طبعة، 1414هـ-1993م،118/15، والمغني، 14/6.
(38) ابن قيم الجوزية، محمد بن ابي بكر بن ايوب ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، ط1 1411هـ-1991م، 3/2.
(39) ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم الحراني، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف-السعودية، 1995م، ج20ص531، وكشاف القناع، 562/3، وإعلام الموقعين،34/2.

ويلحظ هنا أن الفقهاء أجازوا استهلاك العين إذا كانت تبعاً حسب العرف، حيث لم تكن مقصودة بالعقد أصلاً وكانت العين تبعاً، كما في إجارة الشجر للحصول على الثمر، وفي إجارة الشاة لأجل الاستفادة من لبنها ونتاجها.

وتاسيساً على ما سبق، فإن إجارة الخدمات التي يقترن بها تمويل بمواد وسلع يكون جائزاً إذا كانت هذه المواد تبعاً وليست مقصودة أصلاً بعقد الإجارة.

الإجارة التي تقترن بها الصيانة:

يمكن استفادة حكم المسألة من بعض الصور الفقهية التي ذكرها الفقهاء، وتخريجاً عليها:

قال البهوتي في الكشاف: ولو استؤجرت المرأة للرضاع والحضانة لزمها أي الرضاع والحضانة؛ لأنه مقتضى العقد، وإن استؤجرت للرضاع وأطلق لزمها الحضانة تبعاً وعملاً بالعرف[40].

وفي تكييف عقد الرضاع قال بعض الفقهاء: إن العقد يقع على اللبن والخدمة تبع، ودليل ذلك أنها لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق شيئاً. وهذا يفيد أن خدمة الصبي جاءت تبعاً لعقد الإجارة على الرضاع[41].

وإذا جاز تعميم هذه الصورة على ما يشبهها ولم نقل بأن عقد الرضاع جاء استثناء على خلاف القياس أمكن القول بجواز الإجارة التي تقترن بها الصيانة التي جرى العرف باعتبارها، كما أن الصيانة منافع أعمال وعقد الإجارة ينعقد عليها باعتبارها أعمالاً موصوفة في الذمة يمكن ضبطها والقيام بها من غير نزاع.

ويقتضي البحث في التطبيقات الممكنة للإجارة في مجال تمويل الخدمات من تعليم وتطبيب ورحلات المناسك أو السياحة أن نقف على الشروط الواجب توافرها في المنفعة وهي:

- **أولاً: معلومية المنفعة عند العقد علماً يمتنع به التنازع.**

والعلم بها يتم بمعرفة محلها وقدرها وصفتها، ويكون برؤيتها أو بوصف يقوم مقام الرؤية. وتكون الإجارة لازمةً إذا لم يختلف الوصف فإن اختلف الوصف ثبت الخيار للمستأجر[42].

وذهب الحنابلة والشافعية في رأي إلى اشتراط رؤية العين المؤجرة قبل الإجارة، وإلا فإن

(40) كشاف القناع، 561/8، 548.

(41) كشاف القناع، 552/3، والمبسوط، 118/15، الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار،مطبعة احلبي- القاهرة،1937م،59/2، والمغني، 14/6، ونهاية المحتاج، 292/5.

(42) المهذب، 402/1، وكشاف القناع، 564/3.

للمستأجر خيار الرؤية، ولم يعمم الحنابلة هذا الشرط في جميع الإيجارات، بينما عممه الشافعية في جميع إجارات الأعيان[43].

وأجاز الحنفية، والمالكية، والحنابلة، خيار الشرط في الإجارة مطلقاً[44]، وذهب الشافعية في الراجح عندهم إلى جوازه في إجارة الأعيان دون إجارة الموصوف في الذمة[45]

ومعلومية المنفعة تحدد حسب نوع الإجارة، ففي إجارة الأعيان تستوفى المنفعة من عين معينة بذاتها، بحيث إذا هلكت انفسخت الإجارة كمن استأجر رجلاً ليبني له بيتاً بنفسه، وكمن استأجر داراً للسكنى فهذه يتعين محل الإجارة فيها بالتعيين أو الإشارة، وتتعين المنفعة فيها ببيان مدة الإجارة إذا كانت المدة هي الضابط للمعقود عليه ويعرف بها.

ويرى أبو يوسف، ومحمد بن الحسن، والمالكية، وأحمد في رواية أن المنفعة تتعين ببيان العمل والمدة معاً[46]، وأما الإجارة الموصوفة في الذمة فإن المنفعة فيها على شيء موصوف في الذمة فيشترط تقديرها بعمل أو مدة كخياطة ثوب، وبناء دار ليحصل العلم بالمقصود[47].

- ثانياً: أن تكون المنفعة متقومة مقصودة بالعقد:

فلا يجوز استئجار المباحات التي يتم الحصول عليها بدون بذل ثمن لها، ولا يصح استئجار منافع غير متقومة شرعاً؛ كالحشرات أو استئجار الدراهم والدنانير للزينة عند الحنفية[48]، وأجاز الحنابلة إجارة كل منفعة مباحة لغير ضرورة[49].

-ثالثاً: أن تكون المنفعة مشروعة

فالإجارة على المنافع المحرمة كالنوح والملاهي المحرمة لا تصح والعقد عليها باطل لا يستحق به أجرة[50]. ويجوز الاستئجار على فعل الطاعات التي تجوز فيها النيابة ويحل أخذ الأجر عليها، وإلى هذا ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة في قول[51]، استدلالاً بحديث أبي

(43) المهذب، 400/1، والمغني، 357/5

(44) الفتاوى الهندية،411/4، القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط1، 1994، 435/5، وكشاف القناع،17/4.

(45) المهذب، 400/1.

(46) كشاف القناع، 11/4.

(47) المهذب، 402/1، والمغني، 420/5، 545، ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث- القاهرة، بدون طبعة،1425هـ-2004م، 11/4.

(48) البدائع للكاساني، 175/4، ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، 4/6.

(49) المغني، 546/5، وكشاف القناع، 562/3.

(50) حاشية الدسوقي، 21/4، والبدائع، 256/5، وكشاف القناع، 559/3، والمهذب، 401/1.

(51) مغني المحتاج، 344/2، والمغني، 555/5، ابن جزي، محمد بن أحمد بن محمد، القوانين الفقهية، بدون طبعة ولا تاريخ، 181/1.

سعيد الخدري (رضي الله عنه) وفيه أن بعض الصحابة أخذوا جعلاً على الرقية بقراءة الفاتحة، فلما قدموا على رسول الله (أخبروه بذلك فقال: وما يدريك أنها رقية، قد أصبتم اقسموا واضربوا لي معكم سهماً[52]، وبحديث "إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله"[53]، وذهب الحنفية والحنابلة في المشهور عندهم إلى أن الأجرة لا تحل[54]، واستدلوا بحديث: "اقرؤوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجحفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به"[55]، وبحديث: "اقرؤوا القرآن واسألوا الله به فإن من بعدكم قوماً يقرؤون القرآن ويسألون به الناس"[56].

وقد نصت هيئة المحاسبة على ذلك، حيث جاء فيها: ".... ويشترط في المنفعة أن تكون مباحة شرعاً فلا يجوز إجارة مسكن أو أداة لعمل محرّم مقصود من الإجارة؛ كمقر لبنك يتعامل بالفائدة، أو حانوت لبيع أو تخزين ما لا يحل، أو سيارة لنقل ما لا يجوز"[57].

- رابعاً: أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء.

فلا تصح إجارة المغصوب من غير الغاصب، ولا تصح إجارة الأقطع والأشل للخياطة بنفسه، لأن هذه المنافع لا تحصل منه إلا عند سلامة الأسباب[58]، ولا تصح إجارة جمل شارد لركوب، ولا الطير في الهواء؛ لأن ذلك غرر وهو منهي عنه، ومثله استئجار حائض لكنس مسجد، وكذلك لا يصح استئجار مسلوب المنفعة كالأمي للكتابة، أو الذمي للأذان، أو الأرض السبخة للزراعة[59].

وتجوز إجارة المشاع للشريك؛ لأن القدرة على التسليم والاستيفاء متحققة، وأما إجارة المشاع لغير الشريك فجرى فيها الخلاف، فقال بعضهم بالجواز لأن كل ما جاز بيعه جازت إجارته، ولأن تسليمه للمستأجر ممكن بالتخلية أو بالقسمة، وهذا قول الشافعية وصاحبي أبي حنيفة[60].

وقال آخرون: لا يجوز لأن المقصود الانتفاع، وهو غير ممكن في المشاع، وهذا قول أبي حنيفة والحنابلة[61].

---

(52) العسقلاني، احمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة-بيروت، 1379هـ، 452/2.
(53) فتح الباري، 452/2.
(54) البدائع، 187/4.
(55) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الحديث-مصر، 1993م، 342/5.
(56) المرجع السابق.
(57) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، بند رقم 1/1/5 ص114.
(58) المهذب، 396/1، والبدائع،187/4.
(59) نهاية المحتاج، 268/5، وكشاف القناع، 561/3.
(60) المهذب، 402/1، والمغني، 553/5، وتكملة فتح القدير، 98/9.
(61) كشاف القناع، 565/3، والمغني، 553/5، وتكملة فتح القدير،98/9.

ويجوز إجارة حصة من عين مملوكة على الشيوع لأنه يمكن تسليمها للمستأجر فالانتفاع بها يكون بطريق المهايأة الزمانية أو المكانية وقد نصت المعايير الشرعية على ذلك كما جاء في المعيار 2/1/5.

الإجارة لتمويل خدمات التعليم و التطبيب:

في ضوء الضوابط المذكورة للإجارة فإن الإجارة لتمويل الخدمات في مجال التعليم والتطبيب والاحتفالات ورحلات المناسك والسياحة تكون جائزة شرعاً، لأنه يمكن ضبطها بالصفات وبيان معلوميتها، علماً يمتنع به التنازع بين المتعاقدين. ولا شك أن هذه الخدمات هي منافع مباحة ومقصودة في نظر الشارع شريطة أن تكون الاحتفالات والسياحة مشروعة في مقاصدها ووسائلها، كما سبق لنا بيان رأي الفقهاء في جواز إضافة العقد للمستقبل في إجارة الذمة، مما يمكن لجهات التمويل من شراء خدمات في مجال التعليم والتطبيب والسياحة وتأجيرها، بعقود مضافة إلى المستقبل، كما أن هذه الخدمات مقدور على تسليمها. ويدخل في إجارة هذه الخدمات ما يلحق بها تبعاً من الأعيان التي يتم استهلاكها كالدواء والمواد المستعملة في المختبرات العلمية في الجامعات والطعام الذي يقدم في الفنادق عند تأجيرها بغرض السياحة أو أداء المناسك؛ لأنها ليست مقصودة أصلاً وإن تضمنها العقد.

(ب) **الأجرة:** وهي العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر في مقابلة المنفعة التي يأخذها منه[62].

فالأجرة كالثمن في مقابلة المبيع، وحكم الأجرة كحكم الثمن في البيع يصح أن يكون معيناً كما يصح أن يكون في الذمة[63].

ويشترط في الأجرة أن تكون معلومة[64]، لما روي عن أبي هريرة وأبي سعيد قالا: "من استأجر أجيراً فليعلمه أجره"[65]. ويجوز أن تكون نقوداً أو عيناً (سلعة) أو منفعة (خدمة) ويجوز أن تكون مقسطة على أجزاء المدة أو بمبلغ ثابت أو متغير، فإذا كانت الأجرة متغيرة فيجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم، ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط، ويشترط في هذا المؤشر أن يكون مرتبطاً بمعيار معلوم لا مجال فيه للنّزاع، لأنه يصبح هو أجرة الفترة الخاضعة للتحديد ويوضع له حد أدنى وحد أعلى[66].

(62) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص2.
(63) الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص207.
(64) الدردير، الشرح الصغير، ج4، ص8، ابن قدامة، المقنع، ج2، ص197.
(65) ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد، (ت235). مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق كامل الحوت، مكتبة الرشيد، الرياض (1409هـ)، كتاب البيوع، باب من كره أن يعمل الأجير حتى يبين له أجره، رقم 21109، ج4، ص366 حديث موقوف.
(66) المعايير الشرعية، المعيار 1/2/5، 2/2/5، 3/2/5 ، ص115.

والجهالة الفاحشة تفضي إلى المنازعة في الأجرة، وتجعل العقد فاسداً، فإن استوفيت المنفعة وجبت أجرة المثل[67].

وعلى ذلك فلا يصح استئجار الأجير بالطعام والكسوة عند أكثر الحنفية والشافعية في الأصح، والحنابلة في قول، لأن الأجرة مجهولة جهالة فاحشة تفضي إلى المنازعة؛ لأن الطعام والكسوة يختلفان اختلافاً كثيراً[68].

وذهب أبو حنيفة إلى القول بجواز استئجار المرضع بالطعام والكسوة دون غيرها، لأن النص ورد بذلك، قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[69]

وذهب المالكية، والحنابلة في قول إلى أنه يجوز مطلقاً، وذلك للنص في الآية الكريمة السابقة ويقاس عليها غيرها من الأجراء[70].

- **الأجرة بعض الناتج من العمل:**

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز أن تكون الأجرة بعض الناتج من عمل الأجير، وبهذا قال الحنفية.

لأن النبي ﷺ نهى عن قفيز الطحان، ولأن المستأجر يكون عاجزاً عن تسليم الأجرة إلا بفعل الأجير[71].

ومن الصور غير الجائزة عندهم أنه إذا دفع غزلاً إلى حائك لينسجه بالنصف، فلا يجوز. والمعنى فيه: أن المستأجر عجز عن الأجرة، وهو بعض المنسوج والمطحون فلا يجوز.

القول الثاني: يجوز إذا كانت الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير تشبيهاً بالمضاربة والمساقاة، وعليه فيجوز تأجير الدابة بنصف ربحها، وتأجير السيارة بنصف الناتج، وتأجير الزرع بنصف ما يخرج منه وهو مذهب الحنابلة[72].

القول الثالث: أجاز المالكية الإجارة على بعض ما يخرج من الأرض إن أمكن معرفة الأجرة بالتقدير كلقط الزيتون بنصفه، وجعلوه من قبيل الجعالة وهي ما يتسامح فيه ما لا يتسامح في الإجارة[73].

---

(67) المهذب، 399/1، وكشف القناع، 552/3.
(68) حاشية ابن عابدين، 51/6، والاختيار، 56/2، وكشاف القناع، 552/3، والمهذب، 399/1.
(69) سورة البقرة: آية 233.
(70) الذخيرة، ج408/5، وكشاف القناع، ج552/3.
(71) الاختيار، 60/2.
(72) كشاف القناع، 551/4.
(73) الشرح الصغير، 24/4.

متى يمتلك المؤجر الأجرة؟

تملك الأجرة باشتراط تعجيلها في العقد نفسه، أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه.

وهل يملك المؤجر الأجرة بالعقد نفسه أو باستيفاء المنفعة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن الأجرة تجب بالعقد وتستحق باستيفاء المنفعة أو التمكين من استيفائها ما لم يكن هناك شرط يقتضي تعجيل الأجرة أو تأجيلها فالأجرة لا تملك بالعقد نفسه، لأن المؤجر لا يستحقها دفعةً واحدةً، وإنما يستحقها شيئاً فشيئاً بنسبة استيفاء المستأجر من المنفعة. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[74] فالآية الكريمة تدل على أن الأجرة تستحق بعد تمام العمل لترتيب الأمر بإيتاء الأجر على الرضاعة بالفاء، ولأن الأجرة في مقابل استيفاء المنفعة أو جزء منها فلا تملك كاملة إلا بعد تسليم المنفعة كاملةً[75].

و قد أخذت هيئة المحاسبة برأي الحنفية حيث نصت على ما يلي "تجب الأجرة بالعقد وتستحق باستيفاء المنفعة أو التمكين من استيفائها بمجرد توقيع العقد... إلخ" [76]

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن الأصل تأجيل الأجرة إلى حين استيفاء المنفعة إلا في حالات هي:

أ- اشتراط التعجيل في العقد.

ب- جريان العرف بالتعجيل.

ج- تعيين الأجرة كثوب معين لأن الشيء المعين قد يتغير أو يتغير ثمنه، فيكون غرراً، فإن لم يشترط التعجيل في هذه الحالة (وهي تعيين الأجرة) كان العقد فاسداً.

د- وكذلك يشترط تعجيل الأجرة إذا كانت الأجرة غير معينة والمنافع موصوفة في الذمة، ولم يشرع في استيفاء المنفعة حتى مضت ثلاثة أيام، وذلك حتى لا يؤدي إلى صورة معاوضة الدين بالدين الممنوعة شرعاً"[77].

---

(74) سورة الطلاق: آية 6.

(75) بدائع الصنائع، 202/4، والاختيار، 55/2، وتكملة فتح القدير،66/9.

(76) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية 2/2/5

(77) حاشية الدسوقي، 4/4.

القول الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الأجرة تجب بالعقد نفسه في الإجارة على الأعيان، ويجب تسليمها بتسليم العين والتمكين من الانتفاع وإن لم ينتفع فعلاً[78].

واستدلوا بالآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[79]

أما إذا كانت الإجارة موصوفة في الذمة كالإجارة على عمل، فإن الأجر يملك بالعقد، ويثبت ديناً في ذمة المستاجر لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل إن كان الأجير مشتركاً أو بمضي المدة إن كان الأجير خاصاً[80].

والظاهر أن الأمر يرجع إلى العرف، ولا فرق بين أن تكون الإجارة على عمل معين أو في الذمة.

وعلى القول بأن المستأجر يملك المنفعة بالعقد سواء قبل القبض أو بعد القبض، وأن المؤجر يملك الأجرة بالعقد نفسه أو باستيفاء المستأجر للمنفعة يتفرع الحكم عند الفقهاء في مسألة إعادة تأجير العين المؤجرة قبل قبض العين المؤجرة أو بعدها على ما سيأتي بيانه.

المطلب الرابع: أقسام عقد الإجارة :

يمكن بيان أقسام عقود الإجارة باعتبار المحل المعقود عليه؛ إلى إجارة أعيان، وإجارة أعمال، وباعتبار تعيين المحل المعقود عليه؛ إلى إجارة معينة، وإجارة موصوفة في الذمة، وإليك بيان ذلك بإيجاز.

القسم الأول: الإجارة باعتبار نوع المحل المعقود عليه:

الإجارة باعتبار نوع المعقود عليه نوعان: إجارة أعيان وإجارة أشخاص.

النوع الأول: إجارة الأعيان: محل العقد فيها هو منفعة عين كإجارة الدور والمنازل والحوانيت والآلات وهذا يتضمن:

- إجارة العقار كإجارة الدور والأراضي.
- إجارة الدواب من الحيوانات وما يلحق بها من سيارات وطائرات وسفن.
- إجارة العروض كالملابس والأواني والخيام وغيرها من المنقولات.

النوع الثاني: إجارة الأعمال: محل العقد فيها هو العمل، وهو ما يبذله الأجير من مهارات أو جهد لأداء عمل معلوم لقاء أجر معلوم ومن ذلك: بناء الدور وخياطة الملابس وصبغ الثياب وتطبيب المرضى، وهذا العقد يشمل أرباب الحرف والمهارات اليدوية والفكرية، وقد قسم الفقهاء هذا النوع إلى قسمين:

---

(78) المهذب، 399/1، 406، ونهاية المحتاج، 322/5، والمغني، 329/5. والشربيني: مغنى المحتاج 334/2.

(79) سورة المائدة: اية 1.

(80) نهاية المحتاج، 322/5، والمغني، 329/5.

1- يتضمن أحكام الأجير الخاص وهو الذي يقع العقد معه لمدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميع المدة، وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس.

2- يتضمن أحكام الأجير المشترك، وهو الذي يتم التعاقد معه على عمل معين كتطبيب مريض وخياطة ثوب، وبناء جدار، والمستأجر لا يستحق جميع نفعه في المدة الزمنية، وسمّي مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لآخرين في وقت واحد فهم يشتركون في منفعته.

القسم الثاني: الإجارة باعتبار تعيين المحل وعدم تعيينه:

تنقسم الإجارة بهذا الاعتبار إلى نوعين:

النوع الأول: الإجارة المعينة، وهي التي يكون نوعها معيناً بالرؤية أو الإشارة أو نحو ذلك مما يميزه عن غيره. فالمستأجر يستوفي المنفعة المعقود عليها من العين المؤجرة بذاتها سواء كانت عيناً أو شخصاً.

النوع الثاني: الإجارة الموصوفة في الذمة؛ وهي التي يكون محلها غير معين بذاته، وإنما يعين بالوصف، والمؤجر لا يلتزم في هذا النوع بتسليم عين أو شخص بذاته وإنما يلتزم بتسليم ما تنطبق عليه الصفة كاستئجار سيارة موصوفة وصفاً منضبطاً لمدة شهر مثلاً(81).

المطلب الخامس : أحكام الإجارة :

للإجارة عدة أحكام وآثار تترتب على انعقادها ومن هذه الأحكام ما يلي:

1- ثبوت ملك المنفعة للمستأجر: وبالتالي يجب تسليم المنفعة له في الوقت المحدد(82).

2-ثبوت الأجرة المسماة للمؤجر.

3- صيانة العين المؤجرة: الصيانة الأساسية للعين المؤجرة التي يتوقف عليها بقاء المنفعة وعمارتها على المؤجر سواء أقارن الخلل العقد أم طرأ بعد العقد، ولكن لا يجبر المؤجر على العمارة، وللمستأجر فسخ العقد إذا لم يرض بهذا الخلل أما إن رضي به فليس له الفسخ وعليه الأجرة(83). ويجوز أن يوكل المؤجر المستأجر في إجراء الصيانة اللازمة على حساب المؤجر، أما الصيانة التشغيلية أو الدورية فهي على المستأجر ويرجع إلى العرف في معرفة كل منهما(84).

(81) ابن قدامة، المغني 360/5 وما بعدها بتصرف.
(82) ابن قدامة، المغني، ج5، ص442.
(83) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص346.
(84) المعايير الشرعية: المعيار 7/1/5، ص115.

هذا بناء على أن العين المؤجرة في ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعد أو تقصير.

وهذا ما أخذت به المادة التاسعة من عقد التأجير التمويلي ، حيث جاء فيها: **"يلتزم الفريق الثاني (المستأجر) باستخدام العين المؤجرة في الغرض الذي خصصت من أجله، وصيانتها الصيانة الدورية والتشغيلية اللازمة وأي صيانة تحتاج إليها، وعلى نفقته، ويحق للفريق الأول أو من يعينه أن يجري كشفاً دوريا على العين المؤجرة طوال فترة الإيجار للتحقق من حسن استخدامها، وانه تجري عليها الصيانة العادية والدورية اللازمة، كما يلتزم الفريق الثاني بجميع النفقات والمصاريف المتعلقة بأي أعطال تطرأ على شبكة المياه والمجاري والكهرباء وأي أعطال أخرى، ويتعين على الفريق الثاني تسهيل مهمة الفريق الأول (المؤجر) في إجراء الكشف الدوري حسب ما هو مذكور أعلاه " .**

4- التأمين على العين: لما كانت العين المؤجرة على ضمان المؤجر، فإن المقصود من التأمين بقاء العين وترميم الأضرار التي قد تصيبها بالتلف، وعليه فإن نفقة التأمين تكون على المؤجر، ويمكن للمؤجر أن يأخذها بعين الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادت على ما كان متوقعاً عند تحديد الأجرة، ويمكن للمؤجر أن يوكل المستأجر في القيام بإجراءات التأمين على حساب المؤجر[85].

وأخذ بهذا البنك الإسلامي الأردني كما في البند العاشر من عقد التأجير التمويلي، فقد جاء فيه ما نصه: "يحق للفريق الأول (إذا ما رغب دون أي إلزام عليه) أن يؤمن على العين المؤجرة ضد جميع الأخطار أو بعضها لدى شركة تأمين تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، أو ما تراه هيئة الرقابة الشرعية للبنك، ويكون التأمين لمصلحة الفريق الأول (المؤجر)، وعلى نفقته".

5- البراءة من عيوب العين المؤجرة: "لا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسؤوليته عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة سواء أكان بفعله أم بسبب خارج عن إرادته"[86].

لأن المؤجر إذا اشترط البراءة من العيوب وتعطلت المنفعة، صارت الإجارة من قبيل أكل المال بالباطل.

(85) المعايير الشرعية، المعيار 8/1/5، ص115 .

(86) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، بند رقم5/1/5، ص114 .

ومستند ذلك أن هذا الاشتراط يخالف مقتضى عقد الإجارة لأن بقاء المنفعة واجب على المؤجر ولا يتحقق ذلك إلا بسلامة العين وصيانتها وذلك لاستحقاقه الأجرة التي هي مقابل المنفعة.

"وفي حالة الهلاك الجزئي للعين المخل بالمنفعة يحق للمستأجر فسخ الإجارة، ويجوز أن يتفقا في حينه على تعديل الأجرة في حالة الهلاك الجزئي للعين إذا تخلى المستأجر عن حقه في فسخ العقد، ولا يستحق المؤجر أجرة عن مدة التوقف عن الانتفاع إلا إذا عوضها (بالاتفاق مع المستأجر) بمثلها عقب انتهاء المدة المبينة في العقد"[87].

وقد خلا عقد التأجير التمويلي للبنك الإسلامي الأردني من مثل هذا الاشتراط ، تجنباً للمحاذير الشرعية التي لفت العماء الانتباه إليها .

6- ضمان العين المؤجرة بالتعدي أو التقصير: الأصل أن المستأجر يده يد أمانة على العين المؤجرة، وبالتالي فهو لا يضمن إلا بتعديه. أو بالتقصير في حفظها واستعمالها[88].

ونصت هيئة المحاسبة على ما يلي:

"العين المؤجرة أمانة عند المستأجر فلا يضمنها إلا إذا حصل الهلاك بالتعدي أو التقصير منه وحينئذ يعوضها بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فإنه يتحمل القيمة التي تقدر بها عند الهلاك"[89]

كما نصت على أنه: "إذا فاتت المنفعة كلياً أو جزئياً بتعدي المستأجر مع بقاء العين فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة"[90].

7- التجاوز في الاستعمال المعتاد أو الملائم للعين المؤجرة: يجب على المستأجر التقيد بالاستعمال الملائم أو المعتاد للعين المؤجرة أو المتعارف عليه، والتقيد بالقيود المقبولة شرعاً، كما يجب تجنب إلحاق ضرر بالعين بسوء الاستعمال أو بالتعدي أو الإهمال ، هذا ما نصت عليه المعايير الشرعية[91].

أما القيود التي تنافي مقتضى العقد لا يجوز الوفاء بها وتلغى ولا تفسد العقد.

وقد جاء في المادة الثامنة من عقد التأجير التمويلي الخاص بالبنك الإسلامي الأردني ما يغطي هذا الحكم، ونصه: "يتحمل الفريق الثاني (المستأجر) مسؤولية سلامة المأجور غير

---

(87) المرجع السابق، بند رقم 6/1/5،ص114.

(88) الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص308، قليوبي، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج2، ص81، ابن قدامة، المغني، ج5.

(89) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، بند رقم 4/1/7،ص116 .

(90) المرجع السابق، بند رقم 6/1/5،ص114.

(91) المعايير الشرعية 4/1/5، ص114.

المنقول وتبعة أي مخاطر متعلقة بهلاكه أو تلفه أو سوء استخدامه أو استغلاله وأي مخاطر أخرى منذ لحظة تسلمه الفعلي له، ما لم يكن هلاك المأجور عائداً لظروف قاهرة أو لسبب خارجي لا يد له فيه".

8- إعادة تأجير العين المؤجرة:سبق القول عند تعريف عقد الإجارة بأنه عقد يفيد تمليك منفعة بعوض، ولما كان عقد الإجارة من العقود الملزمة لطرفي العقد مدة العقد، فإن للمستأجر الحق في أن يستبد بالمنفعة لنفسه أو أن يملكها لآخر شريطة أن لا تختلف باختلاف المستعملين لها. وهذا يعني أن للمستأجر الحق في إعادة تأجير المنفعة المستأجرة، **وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء**، ونقل عن بعض التابعين بأن إجارة العين المؤجرة لا تجوز مطلقاً، وروى هذا عن أحمد ابن حنبل[92]، ولجمهور الفقهاء في هذه المسألة تفصيل حيث يفرقون في الحكم بين التأجير قبل قبض العين المؤجرة والتأجير بعد قبض العين على النحو الآتي:

- **المسألة الأولى**: حكم التأجير قبل قبض العين المؤجرة:

ذهب المالكية، والحنابلة في رأي، والشافعية في قول، إلى جواز التأجير قبل قبض العين سواء كانت العين المؤجرة عقاراً أو منقولاً، لأن المعقود عليه هو المنافع وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلا يؤثر فيها القبض أو عدمه[93].

وذهب الحنابلة في رأي آخر، والشافعية في قول ثانٍ، ومحمد بن الحسن، إلى عدم جواز التأجير قبل القبض، وذلك قياساً على عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه[94].

وذهب أبو حنيفة وابو يوسف إلى التفريق بين العقار والمنقول، فيجوز تأجير العقار قبل قبضه، وأما المنقول: فلا يجوز قبل قبضه قياساً على البيع[95]. وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجوز له أن يؤجرها قبل القبض من مؤجرها لأنها في قبضته.

المسألة الثانية: حكم التأجير بعد قبض العين المؤجرة:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في الأصح عندهم[96]، إلى أنه يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التي استأجرها لآخر بعد قبضه لها في مدة العقد، إذا كانت العين المستأجرة لا تختلف باختلاف المستعملين؛ لأن المنفعة صارت ملكاً له، وانتقالها

---

(92) المغني لابن قدامة، 478/5، والمهذب، 410/1.

(93) الحطاب، محمد بن محمد الطرابلسي المعروف، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر 1992م،417/5، والمغني، 478/5، والمهذب، 410/1.

(94) المهذب، 410/1، والمغني، 478/5، 479.

(95) الاختيار، 51/2، وحاشية ابن عابدين، 56/5، والفتاوى الهندية، 425/4.

(96) المراجع السابقة، والمهذب، 410/1، والمغني، 478/5، ومواهب الجليل، 417/5.

إليه أثر من آثار عقد الإجارة، فله الحق في أن يستوفيها بنفسه أو يؤجرها لغيره بعد قبضها سواء أجرها من مؤجرها، أو لغير مؤجرها ممن هو مثله في الاستعمال[97].

وذهب القاضي من الحنابلة إلى عدم الجواز مطلقاً، لأن المنافع لم تدخل في ضمانه، ولأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن[98].

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء أرجح؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنفعة.

مقدار الأجرة عند إعادة التأجير:

يترتب على القول بجواز إعادة التأجير للعين المؤجرة الحاجة إلى بيان حكم مقدار الأجرة في الإجارة الثانية، بمعنى إذا جاز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لآخر، فهل له أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، أو أقل منه؟ وهل له أن يؤجرها بجنس الأجرة الأولى؟ وهل له أن يؤجرها من المؤجر الأول؟

- **المسألة الأولى**: مقدار الأجرة:

ذهب المالكية، والشافعية، وأحمد في أصح الأقوال عنه، إلى أن له أن يؤجر بمثل الأجرة الأولى أو أكثر منها أو أقل منها، وذلك لأن الإجارة بيع، وله أن يبيع بمثل الثمن أو أكثر أو أقل[99].

وذهب الحنفية، وأحمد في قول آخر، إلى أنه إن أحدث زيادة على العين المستأجرة تزيد معها قيمتها كتجصيص وترميم أو فرش جاز له الزيادة في الأجرة، وإلا فلا. واستدلوا بعموم النهي عن ربح ما لم يضمن، بخلاف ما لو عمل فيه عملاً فيجوز؛ لأن الربح يكون في مقابلة العمل الذي أحدثه فيها[100].

وذهب أحمد في قول ثالث، إلى أن له الزيادة في الأجرة بإذن المؤجر وإلا فلا[101].

- **المسألة الثانية**: تأجير منفعة العين المؤجرة بمنفعة عين أخرى:

ذهب المالكية، والشافعية، وأحمد في أصح الأقوال عنه، إلى أنه له أن يؤجر منفعة العين المستأجرة بمنفعة أخرى اختلفت معها في الجنس أو اتفقت معها في الجنس، وسواء كانت أكثر منها أو أقل، كأن يؤجر سكنى الدار التي استأجرها بسكنى دار أخرى أو باستعمال

---

(97) الاختيار، 52/2، والمهذب، 410/1، والمغني، 478/5.

(98) المغني، 479/5.

(99) حاشية الدسوقي، 7/4، والمهذب، 410/1، وابن قدامة، 479/5.

(100) الفتاوى الهندية، 425/4، والاختيار، 51/2، والمغني، 479/5.

(101) المغني، 479/5.

سيارة لمدة معينة؛ لأن المنافع تقوم مقام الأعيان في الشرع، ولأنها مختلفة وإن اتحدت في الاسم[102].

وعليه فإنه يجوز للمستأجر التأجير من الباطن للخدمات إجارة معينة بأقل من الأجرة المذكورة في عقده.

جاء في كشاف القناع للبهوتي: "وإذا تقبل الأجير عملاً في ذمته بأجرة كخياطة أو غيرها فلا بأس أن يقبله غيره بأقل منها أي أجرته، ولو لم يعين فيه بشيء من العمل، لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو أكثر جاز بدونه كالبيع وكإجارة العين"[103].

وهذا نص صريح في جواز التأجير من الباطن للخدمات إجارة معينة، والله تعالى أعلم.

وذهب الحنفية إلى عدم الجواز إذا اتحد جنس المنفعتين، كسكنى دار بسكنى دار أخرى، وذلك لأن المنفعتين معدومتان وقت العقد، ولأن العقد يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة، فإذا اتحد الجنس كان ذلك مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فيجري فيه ربا النسيئة لاتحاد الجنس[104].

- **المسألة الثالثة:** تأجير العين المستأجرة للمؤجر:

ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة في وجه، إلى صحة إجارة العين المؤجرة لغير مؤجرها كما تصح لمؤجرها بمثل الأجرة، وبزيادة على الأجرة التي استأجر بها، لأنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة ولو لم يقبض المستأجر المأجور سواء أجره لمؤجره أو غيره لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه، فلم يقف جواز التصرف عليه، بخلاف بيع المكيل ونحوه قبل القبض، ما لم تكن إجارته لمؤجره بزيادة حيلة كعينة بأن أجرها بأجرة حالة نقداً، ثم أجرها بأكثر منه مؤجلاً فلا تصح[105].

وذهب الحنابلة في وجه آخر إلى أنه لا يجوز قبل القبض ويجوز بعده قياساً على البيع[106].

وذهب الحنفية إلى عدم الجواز مطلقاً قبل القبض أو بعده؛ لأنها تشبه بيع العينة المنهي عنه[107].

(102) بداية المجتهد، 226/2، وكشاف القناع، 556/3.

(103) كشاف القناع، 556/3.

(104) حاشية ابن عابدين، 62/6، والفتاوى الهندية، 425/4، والاختيار، 51/2.

(105) كشاف القناع، 566/3.

(106) المرجع السابق.

(107) الكاساني، بدائع الصنائع، 206/4.

9- انتهاء عقد الإجارة:

عقد الإجارة من العقود اللازمة[108]، فلا يمكن انفراد أحد أطرافه بفسخه إلا بمبرر يبرر هذا الفسخ، لأن عقد الإجارة عقد معاوضة فكان لازماً كالبيع، والحنفية يرون فسخه بالعذر[109].

وقد نصت المعايير الشرعية على أن "عقد الإجارة عقد لازم لا يملك أحد الطرفين الانفراد بفسخه أو تعديله دون موافقة الآخر، ولكن يمكن فسخ الإجارة بالعذر الطارئ[110] وبهذا تكون الهيئة قد أيدت رأي الحنفية بالفسخ بالعذر الطارئ.

والإجارة تنتهي بعدة أمور نوجزها فيما يلي:

1- يجوز إنهاء عقد الإجارة برضا الطرفين قبل سريان العقد وتسمى الإقالة[111].

2- انقضاء مدة الإجارة المحددة.

وكما تفسخ الإجارة بالعذر الطارئ فإنه يجوز تمديد عقد الإجارة للعذر الطارئ فإذا لم يتم تحقيق المنفعة للعذر فإن الإجارة تستمر حينئذٍ بأجرة المثل.

ومثاله: تأخر بلوغ الأماكن المقصودة من استئجار وسائل النقل، وعدم نضج الزرع في الأرض المستأجرة للزراعة، فهنا لا بد من تمديد المدة حتى ينضج الزرع، دفعاً للضرر الذي قد يقع على المستأجر، بأجرة المثل[112].

وقد أخذت هيئة المحاسبة برأي الحنفية فنصت على ما يلي: "تنتهي الإجارة بانتهاء مدتها، ولكنها تبقى للعذر درءاً للضرر؛ مثل تأخر بلوغ الأماكن المقصودة من استئجار وسائط النقل، وعدم نضج الزرع في الأرض المستأجرة للزراعة. وتستمر الإجار حينئذ بأجرة المثل. ويجوز تجديد الإجارة لمدة أخرى بعدها سواء حصل التجديد قبل المدة الأصلية أم تلقائياً بوضع نص في العقد بالتجديد عند دخول فترة جديدة إذا لم يتم الإشعار برغبة أحد الطرفين في عدم التجديد"[113].

(108) الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص209، ابن قدامة، المغني، ج5، ص448.
(109) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص201.
(110) المعايير الشرعية، بند رقم 1/1/4، ص113.
(111) المعايير الشرعية: 5/2/7،ص117. والكاساني: بدائع الصنائع222/4.
(112) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص223.
(113) المعايير الشرعية، بند رقم 6/2/7، ص116.

3- موت العاقدين أو أحدهما عند الحنفية.

وذلك لأن العقد ينعقد عندهم ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع، فإن مات المستأجر فإن المنفعة لا تورث، وإن مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه فلم يكن عاقداً ولا راضياً بها. أي أنه إذا مات المؤجر وقلنا بأن الإجارة لم تنفسخ فإن المنفعة التي يأخذها المستأجر أصبحت خارجة عن ملك المؤجر، ولو مات المستأجر وقلنا بأن الإجارة لم تنفسخ، فبأي حق يطلب المؤجر من ورثة المستأجر الأجرة وهم لم يتعاقدوا معه[114].

أما المالكية[115] والشافعية[116] والحنابلة[117] فإن عقد الإجارة لا ينتهي عندهم بموت العاقدين بل يبقى إلى تمام مدته لأنه عقد لازم كالبيع.

وقد أخذت هيئة المحاسبة برأي الجمهور حيث نصت على ما يلي: "لا تنتهي الإجارة بوفاة أحد المتعاقدين على أنه يجوز لورثة المستأجر فسخ العقد إذا أثبتوا أن أعباء العقد أصبحت بسبب وفاة مورثهم أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أنها تتجاوز حدود حاجتهم[118].

وقد أحسنت الهيئة في أخذها برأي الجمهور استقراراً للمعاملات ما لم يترتب على بقاء العقد إضرار بالورثة.

4- الهلاك الجزئي، والكلي للعين المؤجرة.

تنتهي الإجارة بالهلاك الكلي للعين المؤجرة في إجارة العين المعينة أو بتعذر استيفاء المنفعة منها، سواء هلكت ابتداء أو في أثناء المدة، وذلك لتعذر الانتفاع بمحل العقد، فلا فائدة منه[119]. ولا تنتهي الإجارة بالهلاك الجزئي حيث تبقى في الجزء الذي لم يهلك إن رضي بذلك المستأجر، وللمستأجر الحق في فسخ عقد الإجارة، ولا يستحق المؤجر أجرة عن المدة التي توقف الانتفاع فيها بالعين المؤجرة بسبب الهلاك الجزئي، لتعذر الانتفاع بها وقد نصت المعايير الشرعية على أحكام الهلاك الجزئي في المعيار رقم 5/1/7.

كما نصت على أحكام الهلاك الكلي في المعيار 4/2/7 ، هذا إذا كانت الإجارة على معين

---

(114) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص222، الزيلعي، عثمان بن علي، (ت743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 6م، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1315هـ، ج5، ص144.

(115) ابن رشد، محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المؤيد، جدة، 1997م، ج2، ص233.

(116) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص356.

(117) المرداوي، الإنصاف، ج6، ص64، ابن قدامة، المقنع، ج2، ص213.

(118) المعايير الشرعية، بند رقم 3/2/7،ص117.

(119) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص223، الدردير، الشرح الصغير، ج4، ص49، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص357، المرداوي، الإنصاف ج6، ص61.

أما إذا كانت الإجارة على عين موصوفة في الذمة فإن على المالك في حالتي الهلاك الكلي والجزئي تقديم عين بديلة بمواصفات مماثلة للعين الهالكة، ويستمر عقد الإيجار لباقي المدة إلا إذا تعذر البديل فينفسخ العقد عملاً بفسخ العقد بالعذر الطارئ كما جاء في المعيار 1/2/7.

5- فسخ الإجارة للإخلال بالشرط:

إذا اشترط المؤجر فسخ العقد لعدم سداد المستأجر الأجرة أو تأخيرها، فيعمل بالشرط؛ لأن المسلمين عند شروطهم[120].

6- فسخ الإجارة للعيب الحادث المخل بالانتفاع.

يفسخ عقد الإجارة إذا حدث بالعين المؤجرة عيب مخل بالانتفاع المقصود[121].

(120) المعايير الشرعية: المعيار 1/2/7، ص117

(121) المعايير الشرعية: المعيار 1/2/7، ص117.

المبحث الثاني: الإجارة المنتهية بالتمليك

نشأتها ومفهومها وصورها وأحكامها

ونتناول الكلام عن هذا المبحث في المطالب التالية :

المطلب الأول : نشأة عقد الإجارة المنتهية بالتمليك .

المطلب الثاني : مفهوم عقد الإجارة المنتهية بالتمليك .

المطلب الثالث : صور عقد الإجارة المنتهية بالتمليك .

المطلب الرابع : أحكام عقد الإجارة المنتهية بالتمليك .

لقد ظهر هذا العقد في العصر الحديث، لذلك لم يكتب أحد من الفقهاء القدامى تعريفاً له، أما المعاصرون فقد عرّفوه بتعريفات متباينة تبعاً لتصور كل منهم لحقيقة هذا العقد.

ولما كانت نشأة هذا العقد لها أثر كبير في بيان حقيقته، فإننا سنتحدث بإيجاز عنها قبل أن نتحدث عن مفهومه عند نشأته، ومفهومه بعد ما طرأ عليه من صور تطبيقية نَحَتْ به عن مفهومه عند نشأته، خصوصاً تلك الصور التي تطبقها المؤسسات المصرفية الإسلامية والتي نستطيع القول بأنها نأت به بعيداً عن المفهوم الشائع في القوانين الوضعية، ليكون منسجماً ومتفقاً مع قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها.

المطلب الأول : نشأة عقد الإجارة المنتهية بالتمليك:

ظهر هذا العقد في إنجلترا سنة 1846م تحت اسم الهاير بيرشاس (hire-purchase)، حين قام أحد تجار الآلات الموسيقية ببيع هذه الآلات مع تقسيط أثمانها على عدة أقساط بقصد رواج مبيعاته، ولكي يضمن الحصول على كامل الثمن لم يلجأ إلى الصورة المعتادة لعقد البيع، وإنما أبرم العقد في صورة إيجار مع حق المستأجر في تملك الآلة باكتمال مدة الإيجار، والتي يكون البائع معها قد استوفى كامل الثمن، ويعرف هذا العقد باسم (التأجير البيعي) أو (الإيجار الساتر للبيع) وهو في حقيقته بيع محض، وقد انتشر هذا العقد وانتقل من الأفراد إلى المصانع، وكان أول المصانع تطبيقاً له مصنع سنجر لآلات الحياكة، كما انتشر تطبيقه من قبل بعض الشركات كشركات السكك الحديدية التي تأسست لتمويل شراء المركبات وشركات الفحم والمحاجر ثم انتقل إلى شركات المقاولات وانتقل إلى الولايات المتحدة عام 1953 وإلى فرنسا عام 1962، حيث اتخذ العقد طابعاً جديداً بدخول طرف ثالث بين طرفي العقد الأصليين (المؤجر والمستأجر) وهذا الطرف الثالث هو الذي يقوم بتمويل العقد بشراء أموال معينة من مالكها هي في العادة تجهيزات ومعدات صناعية وإنشائية، ثم يقوم

المول (المؤسسة) بتأجيرها، والجديد أن المؤجر (المؤسسة) لا يكون مالكاً للأصل أو الأشياء المراد تأجيرها، وإنما يقوم بشرائها خصيصاً لهذا الغرض، وبانتهاء الفترة المتفق عليها يكون للمستأجر أحد الخيارات التالية:

- إعادة السلعة المؤجرة له إلى المؤسسة المالكة.
- تمديد مدة الإيجار لفترة أو فترات أخرى.
- تملك السلعة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له أن دفعها كأقساط إيجار وقد عرف هذا العقد باسم (التأجير التمويلي).

وقد أدخل على هذا العقد بعض التعديلات بحيث تشتري المؤسسة الممولة السلعة من المالك وتقوم بتأجيرها إلى المستأجر مدة معينة ثم يقترن بالعقد شرط في صورة عقد مستقل ينص على مواعدة بالبيع أو هبة العين في نهاية مدة الإيجار للمستأجر، وتطبق أحكام عقد الإجارة خلال تلك المدة من حيث أن ضمان تبعة الهلاك وإجراء الصيانة الأساسية للعين المؤجرة والتأمين عليها على المالك إلا أنه اقترن بالعقد وعد بالبيع أو بالهبة في نهاية مدة الإجارة، ويراعى عند تحديد الأجرة (ثمن السلعة) مراعى فيها المدة الزمنية التي يتم تقسيط الثمن عليها وهو ما يعرف (بالإجارة المنتهية بالتمليك) وهو موضوع بحثنا[122].

وغني عن البيان أن العقود المشار إليها (التأجير البيعي، التأجير التمويلي، الإجارة المنتهية بالتمليك) تختلف اختلافاً كبيراً عما يعرف (بالإيجار التشغيلي)، وهو عقد الإيجار المتعارف عليه؛ لأنه لا يتضمن سوى انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مقابل أجرة يتفق عليها ولمدة معينة، وغالباً ما تكون المدة الزمنية للإجارة أقل من العمر الإنتاجي للعين المؤجرة، ولا يتضمن حقاً للمستأجر بشراء العين المستأجرة عند نهاية العقد، ويتحمل المؤجر تبعات الهلاك والتأمين[123].

المطلب الثاني : مفهوم عقد الإجارة المنتهية بالتمليك:

جاء في التعريفات في المعايير الشرعية بيان لمفهوم عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، بأنها:

---

(122) فيما سبق انظر د. أبو العز، محمد السيد، المعالجة المحاسبية لعقود الإيجار، هيئة المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين،1996، الحافي، خالد عبد الله براك. الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي. الطبعة الثانية، 1421 هـ-2001 ص62-65، و د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، جامعة الكويت، 1984م، ص32-34. وقحف، منذر ، سندات الإجارة والأعيان المؤجرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب/ جدة، 1995، ص15 و د. محمود فهمي وآخرون، التأجير التمويلي، 1997 ص 137-140.

(123) عمر، محمد عبد الحليم ، التأجير التمويلي من منظور إسلامي، مجلة صالح كامل، عدد7، سبتمبر 1998م، ص245.

إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها بوثيقة مستقلة عن عقد الإجارة ويتم التمليك بإحدى الطرق التالية:-

أ- وعد بالبيع بثمن رمزي أو بثمن حقيقي، أو وعد بالبيع في أثناء مدة الإجارة بأجرة المدة الباقية أو بسعر السوق.

ب- وعد بالهبة.

جـ- عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط(124).

وفي حالات إصدار وعد بالهبة أو وعد بالبيع أو عقد هبة معلق بمستندات مستقلة لا يجوز أن يذكر أنها جزء لا يتجزأ من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

ولما كان محل الإجارة المنتهية بالتمليك هو منفعة العين (إجارة الأعيان) فإنه يمكن أن نستخلص تعريفاً للإجارة المنتهية بالتمليك بأنها "عقد يراد به تمليك منفعة عين مشروعة معلومة لمدة معلومة بعوض معلوم يقترن به وعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها بإحدى الطرق التالية: الوعد بالبيع أو الوعد بالهبة أو بهبة العين هبة معلقة على شرط سداد جميع الأقساط".

الأسباب التي دعت إلى التمويل عن طريق الإجارة المنتهية بالتمليك:

يمكن إيجاز هذه الأسباب والدوافع في النقاط التالية(125):

1- الحد من مخاطر الائتمان بعدم إمكانية تحصيل الأقساط، ففي البيع بأجل تنتقل الملكية إلى المشتري فيصعب على البائع استرداد السلعة عند إفلاس المشتري، وفي الإجارة المنتهية بالتمليك فإن ملكية عين السلعة تبقى في يد المؤجر، فيمكنه أن يسترد السلعة إذا أفلس المستأجر أو لم يدفع الأقساط المترتبة عليه.

2- توفر هذه الصيغة للمستأجر الأصول اللازمة لنشاطه بطريقة سهلة وبدون دفع ثمن مقدم كما في البيع بالتقسيط، وقد تمنحه ائتماناً بنسبة 100% من قيمة الأصل، ويسدده من إيرادات استخدام الأصل.

3- هناك مزايا ضريبية لهذا العقد يحققها المؤجر ففي الولايات المتحدة الأمريكية يسمح للمؤجر بخصم 10% من قيمة الأصول المؤجرة من الضريبة المستحقة عليه، وفي مصر

(124) المعايير الشرعية: الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المعيار رقم 1/8، والتعريفات ملحق ج.

(125) محمد عبد الحليم عمر: التأجير التمويلي من منظور إسلامي، مجلة صالح كامل، عدد 7، ص246 وما بعدها.

تعفى أرباح المؤجر من عمليات التأجير التمويلي من الضرائب لمدة خمس سنوات، فضلاً عن الإعفاء الجمركي على الأعيان المستوردة بغرض التأجير.

4- تعدُّ بديلاً شرعياً للتمويل بعيداً عن الربا وعن الغرر أو الجهالة، وما تتضمنه بعض صور التأجير المنتهي بالتمليك من تحديد القسط طبقاً لمؤشر غير منضبط، فإنه تجنباً للغرر أو الجهالة المفضية للنزاع والمفسدة للعقد، فقد نصت المعايير الشرعية على أنه يشترط أن يكون المؤشر منضبطاً ومرتبطاً بمعيار معلوم لا مجال للنزاع فيه، وأن يوضع له حد أعلى وحد أدنى.

المطلب الثالث : صور الإجارة المنتهية بالتمليك[126]:

تتنوع صور الإجارة المنتهية بالتمليك تبعاً لاتفاق المتعاقدين فيما إذا كان العقد إجارة منتهية إلى التمليك بسداد القسط الأخير، أو عقد إجارة وعقد بيع معلق على سداد الأجرة، أو عقد إجارة ووعد بالبيع، أو عقد إجارة مقترن بهبة معلقة على شرط سداد جميع الأقساط الإيجارية، أو عقد إجارة ووعد بالهبة.

ونوضح هذه الصور فيما يلي:

الصورة الأولى: عقد إجارة ينتهي بالتمليك (بالبيع) بسداد القسط الأخير:

وهذه الصورة تتمثل في انتقال العين المؤجرة إلى ملك المستأجر مع آخر قسط يدفعه دون الحاجة إلى إبرام عقد جديد، فيكون ثمن العين هو الأقساط التي دفعها المستأجر إلى مالك العين الأصلي.

الصورة الثانية: عقد إجارة وعقد بيع معلق على سداد الأجرة :

وهذه الصورة تتمثل في انتقال العين المؤجرة إلى ملك المستأجر بإبرام عقد جديد، هو عقد البيع المعلق على شرط سداد الأقساط عند نهاية مدة الإجارة مقابل مبلغ يدفعه المستأجر.

فهذه الصورة تجمع بين عقدين عقد الإجارة ابتداء وعقد البيع انتهاء.

الصورة الثالثة: عقد إجارة ووعد بالبيع

وفي هذه الصورة يَعدُ المالكُ المستأجرَ بتمليكه العين المؤجرة في نهاية المدة مقابل مبلغ معين بعقد بيع جديد، أو قد يَعِدُ المستأجر المالك بالشراء، أو يكون الوعد متبادلاً من الطرفين.

---

(126) انظر: الشتري، سعد بن ناصر بن عبد الله، عقد الإجارة المنتهي بالتمليك، دار الحبيب،الرياض،2000م، ص14-15، الوادي، محمود حسين، سمحان، حسين محمد، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، دار المسيرة، الأردن، 2009م، ط3، ص٥٦٢، الشاذلي، حسن علي، الإيجار المنتهي بالتمليك، أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي المنعقدة في الكويت 7-11 اذار 1987، ص501.

الصورة الرابعة: عقد إجارة مقترن بهبة معلقة على شرط سداد جميع أقساط الأجرة في المدة المحددة.

الصورة الخامسة: عقد إجارة ووعد بالهبة

وهي عقد إجارة ابتداء يصحبه وعد من مالك العين للمستأجر بهبة العين المؤجرة له في آخر مدة الإجارة.

ولبيان الحكم الشرعي في هذه الصور لا بد من الوقوف على الضوابط الشرعية التي ينبني عليها الحكم في هذه الصور - صحة أو بطلاناً -، وبيان آراء الفقهاء فيها والتي كانت مستنداً لهم في الحكم على الصور السابقة ونوجزها فيما يلي:

- اشتراط عقد في عقد (الجمع بين عقدين في عقد واحد).
- تعليق عقد المعاوضة على شرط.
- تعليق عقد الهبة على شرط.
- مدى إلزامية الوعد في عقود المعارضات.

الضوابط الشرعية التي استند إليها الفقهاء في الحكم على صور الإجارة المنتهية بالتمليك:

أولاً: اشتراط عقد في عقد:

يرى بعض العلماء أن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك لا يجوز لأنه يجمع بين عقدين في عقد واحد (بيعتين في بيعة واحدة)[127].

وهذا يقتضي بحث هذه المسألة وبيان آراء العلماء فيها:

الراي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[128] والشافعية[129] والحنابلة[130] إلى عدم جواز اشتراط عقد في عقد كأن يقول شخص لآخر بعتك داري بكذا على أن تبيعني دارك بكذا.

(127) المنيعي، محمد بن سليمان، الإجارة المنتهية بالتمليك، دراسة مقارنة، مجلة العدل، عدد 3، السنة الرابعة، ص91.

(128) ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص446، 447، السرخسي، المبسوط 6/13.

(129) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص31. والنووي، المجموع، 230/9.

(130) السيوطي، مصطفى، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، ج3، ص73.

واستدلوا: بأن هذا الأمر من باب البيعتين في بيعة وقد نهي عنه بالحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه "نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة"[131].

وفسروا الحديث بأن المراد به اشتراط عقد في عقد.

ووجه الدلالة من الحديث لغير القائلين بإباحة عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، أنّ الحديث يمنع الجمع بين عقدين أو صفقتين في عقد واحد، وعقد الإجارة المنتهية بالتمليك يجمع بين عقد الإجارة وعقد البيع على عين واحدة وهما مختلفان في الحكم، فالبيع يوجب انتقال العين بمنافعها إلى المشتري حالاً، والإجارة توجب انتقال منافع العين فقط إلى المستأجر، ومن ناحية أخرى فإن البيع مضمون على المشتري بعينه ومنافعه، أما الإجارة فهي مضمونة على المؤجر عيناً ومنفعة[132].

الرأي الثاني: ذهب المالكية[133] وابن تيمية[134] إلى جواز اشتراط عقد في عقد إلا إذا كان أحدهما معاوضة والآخر تبرعاً كالجمع بين البيع والقرض. وذلك لأن الأصل في المعاملات والشروط الحل والصحة[135].

ورد على المانعين بأن المقصود بالنهي في الحديث عن بيعتين في بيعة هو النهي عن بيع العينة[136] أو لعدم تعيين عوض كل منهما مع تفاوت الثمنين وهذا يعني جهالة الثمن وهي مفضية إلى النزاع.

قال ابن رشد في بداية المجتهد: إن النهي جاء لأن البيع يكون بثمنين متفاوتين بدون تعيين لأحد الثمنين وهذا نصه: "وهو أن يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعني الغلام بكذا، فنص الشافعي على أنه لا يجوز لأن الثمن في كليهما يكون مجهولاً لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد"[137].

---

(131) النسائي، احمد بن شعيب، (303هـ)، سنن النسائي بشرح السيوطي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب البيوع، بيعتين في بيعرة، رقم الحديث (2635)، ج6، ص296. وأخرجه احمد في مسنده، رقم الحديث (10157). قال الشيخ الألباني: صحيح، وأخرجه أبو داود في سننه في كتاب البيوع، باب: بيعتين في بيعة، رقم الحديث (3461). وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب فيمن باع بيعتين في بيعة، رقم الحديث (1231).

(132) المنيعي، محمد بن سليمان، الإجارة المنتهية بالتمليك، ص91.

(133) البراذعي، أبو سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- الإمارات، ط1، سنة2002م، 141/4.

(134) ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، 62/29.

(135) المرجع السابق ص227.

(136) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 432/29.

(137) ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص172.

وقد أجاز الفقهاء اجتماع عقد الإجارة مع عقد البيع في صفقة واحدة على عينين مختلفتين ما دام العقدان لا يفضيان إلى الجهالة.

جاء في التهذيب: "لا بأس باجتماع بيع مع إجارة"(138).

وجاء في روضة الطالبين: "الضرب الثاني في جمع الصفقة أن يجمع عقدين مختلفي الحكم، فإذا جمع في صفقة بين إجارة وسلم أو إجارة وبيع.... فقولان أظهرهما يصح العقد فيهما... وصورة الإجارة والبيع بعتك عبدي وأجرتك داري بكذا..."(139).

وجاء في مطالب أولي النهي: "وإن جمع في عقد بين بيع وإجارة، بأن باعه عبده وأجره داره بعوض واحد صحا...."(140).

وفي الإجارة المنتهية بالتمليك اجتمع عقد الإجارة وعقد البيع، في صفقة واحدة على عين واحدة وقد قاس بعض المعاصرين هذه الحالة على ما أقره الفقهاء من جواز اجتماع عقد الإجارة مع عقد البيع في صفقة واحدة على عينين مختلفتين، لأن العلة في جواز الجمع أو عدمه هو تحقق الجهالة أو انتفاؤها.

قال الشاذلي: "أرى أنه لا مانع من اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة سواء أكان العقدان واردين على محل واحد أو كانا واردين على محلين مختلفين طالما توافرت أركان كل عقد منهما وشروط صحته"(141).

وعليه فإنني أميل إلى ترجيح القول بالجواز وهو ما ذهب إليه المالكية وشيخ الإسلام ابن تيمية، لأن كل عقد جائز بمفرده ولم يرد دليل شرعي يمنع اجتماعهما ما دام أن اجتماعهما ليس حيلة للوصول إلى الربا وما دام أن مقتضى كل عقد لا يتنافى مع العقد الآخر، ولا يفضي إلى الجهالة الموجبة للنزاع المفسدة للعقود(142).

ثانياً: تعليق عقد المعاوضة على شرط

ذهب بعض العلماء إلى عدم جواز عقد الإجارة المنتهية بالتمليك استناداً إلى أنه عقد معلق على شرط وهو غير جائز شرعاً، وهذا يقتضي بيان آراء العلماء في مسألة تعليق عقد المعاوضة على شرط ومدى انطباقه على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

---

(138) البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ص341.

(139) النووي، روضة الطالبين، ج3، ص429.

(140) السيوطي، مطالب أولي النهي، ج٣، ص48.

(141) الشاذلي، حسن علي، الإيجار المنتهي بالتمليك ،ص523.

(142) نزيه،حماد، العقود المركبة في الفقه الإسلامي، دار التعلم، دمشق، ط1، سنة 2005م، ص77.

للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: ينحو جمهور الفقهاء من الحنفية[143] والمالكية[144] والشافعية[145] والحنابلة [146] إلى القول بعدم صحة تعليق عقد المعاوضة على شرط .

كأن يقول إن قدم زيد فقد بعتك أو أجرتك، ذلك لأنَّ انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق.

وجاء في المجموع: "ولو قال بعتك هذا بألف إن شئت فقال شئت لم يصح البيع بلا خلاف، وصرح به المتولي وغيره؛ قالوا لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك"[147].

وجاء في المقنع أن من الشروط الفاسدة "أن يشترط شرطاً يُعَلِّق البيع"[148].

الرأي الثاني: وهو قول ابن تيمية[149] يصح تعليق عقد المعاوضة على شرط، لأن الأصل في الشروط في العقود الإباحة والصحة[150].

ثالثاً: تعليق الهبة على شرط

للعلماء في هذه المسألة رأيان كسابقتها:

الرأي الأول: وهو قول جمهور العلماء من الحنفية[151] والشافعية[152] والحنابلة[153]، حيث ذهبوا إلى عدم جواز تعليق الهبة على شرط، لأن الأصل في عقود المعاوضات أن تكون منجزة غير معلقة.

والهبة تفيد تمليك العين للحال، فلا تحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع[154].

(143) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الاميرية، بولاق، مصر، 1384هـ. 134/4.
(144) القرافي، الفروق، 241/1.
(145) النووي، المجموع، 157/9.
(146) ابن قدامة، المقنع 31/2.
(147) النووي، المجموع، ج9، ص157.
(148) ابن قدامة، المقنع، ج2، ص31.
(149) البعلي، محمد علي بن محمد، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، المؤسسة السعدية، الرياض، ص276.
(150) المرجع السابق.
(151) الكاساني، البدائع، ج6، ص184.
(152) الانصاري، زكريا بن محمد. اسنى المطالب في شرح روض الطالب، ط1892م، المطبعة اليمنية، القاهرة، ج2، ص479.
(153) المرداوي، الإنصاف، ج7، ص133 . وابن قدامة، المغني، 250/8.
(154) الكاساني، البدائع، ج6، ص184.

الرأي الثاني: وهو قول المالكية[155] وقول عند الحنفية[156]، وقول شيخ الإسلام ابن تيمية[157] حيث ذهبوا إلى جواز تعليق الهبة على شرط.

قال ابن نجيم: "الهبة يجوز تعليقها بالشرط الملائم"[158].

فالهبة من باب التبرع والتبرعات مبنية على التساهل؛ لأنها من باب التفضل.

رابعاً: مدى إلزامية الوعد

ذهب بعض العلماء إلى عدم جواز عقد الإجارة المنتهية بالتمليك؛ لأنه مبني على وعد بالتمليك في بعض صوره، وهذا يقتضي أن نبين حكم الوعد والالتزام به.

تنوعت آراء العلماء في هذه المسألة تنوعاً كبيراً، لذا سأحاول أن أختصر هذه الآراء فيما يأتي:

الرأي الأول: وهو رأي جمهور فقهاء الحنفية[159] ومذهب الشافعية[160] ومذهب الحنابلة[161]، حيث قالوا باستحباب الوفاء بالوعد، فالوعد غير ملزم قضاء عندهم وإن كان الواعد مأموراً بالوفاء بوعده ديانة.

الرأي الثاني: وهو للحنفية، يجب الوفاء بالوعد إن كان معلقاً على شرط، وإلا فلا يجب الوفاء به[162].

الرأي الثالث: وهو للمالكية، ولهم في المسألة عدة أقوال[163]:

القول الأول: يجب الوفاء بالوعد مطلقاً لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (٢) كَبُرَ مَقْتًا عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ (٣) ﴾[164]

---

(155) الحطاب، محمد بن محمد الطرابلسي (ت954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1977م، ج6، ص66.

(156) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م، ج6، ص320.

(157) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص276.

(158) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 320/6.

(159) ابن نجيم، زين الدين عابدين، الأشباه والنظائر، تحقيق عبد العزيز الوكيل، مؤسسة مصطفى الحلبي، مصر، 1968م، ص288.

(160) النووي، روضة الطالبين، 390/5.

(161) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية-بيروت، 1418هـ-1997م، ج8، ص138.

(162) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص288.

(163) القرافي، الفروق، 25/4-27.

(164) سورة الصف، آية 2-3.

ولقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[165] ولحديث: "آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ"[166]وهذا الرأي هو اختيار ابن تيمية[167].

القول الثاني: أن الوعد يكون ملزماً إذا دخل الموعود بسبب هذه العِدة بشيء، وهو قول ابن القاسم وسحنون.

وأرى ترجيح قول المالكية وشيخ الإسلام ابن تيمية وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية في المرابحة والإجارة المنتهية بالتمليك[168].

المطلب الرابع : أحكام صور الإجارة المنتهية بالتمليك :

الصورة الأولى: عقد إجارة بشرط تمليك العين بسداد القسط الأخير

تتكون هذه الصورة من عقد واحد وهو عقد الإجارة بلفظ صريح، وشرط تمليك للعين مع نهاية مدة الإجارة.

وفي هذه الصورة لا توجد حاجة إلى إبرام عقد جديد للبيع في نهاية المدة.

فهل تكيف الصورة على أنها بيع معلق؟

لقد دفعت الأقساط على انها أجرة للعين المؤجّرة، فلا تتحول إلى ثمن للعين المؤجّرة في نهاية المدة، إن تحويل الأجرة إلى ثمن للعين المؤجرة لا ينسجم مع قواعد العقود التي تحدد أن لكل عقد أحكامه وآثاره فور انعقاده صحيحاً[169].

وبناء على ذلك فإن هذه الصورة من صور الإجارة المنتهية بالتمليك غير صحيحة[170]

وقد منع مجمع الفقه الإسلامي هذه الصورة[171] وعدّها من الصور الممنوعة، وهذا نص القرار:

"ثانياً: من صور العقد الممنوعة:

عقد إجارة ينتهي بتمليك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً".

---

(165) سورة المائدة، اية 1.

(166) اخرجه البخاري: الصحيح، كتاب الإيمان، باب علاقة المنافق، رقم الحديث (33)، وأخرجه مسلم: الصحيح، كتاب الإيمان، رقم الحديث (59).

(167) ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج29، ص151.

(168) ينظر المعايير الشرعية / الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك – البند 3/2، ص112 .

(169) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ص534.

(170) انظر، المرجع السابق، بن بيه، عبد الله الشيخ محفوظ، الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص2667.

(171) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، ج1، ص133.

الصورة الثانية: عقد إجارة وعقد بيع معلق على سداد الأجرة

وهذه الصورة تتكون من عقدين عقد إجارة ابتداء وعقد بيع انتهاء معلق على سداد الأجرة، لقد استوفى كل عقد شروطه وأركانه، وكان عقدهما في زمانين مختلفين فعقد الإجارة في البداية وعقد البيع بعد سداد الأقساط.

وقد منع مجمع الفقه الإسلامي[172] هذه الصورة أخذاً برأي جمهور الفقهاء الذين منعوا تعليق البيع على شرط، وذهب إلى المنع مجلس كبار العلماء في المملكة العربية السعودية. ونصت هيئة المحاسبة والمعايير الشرعية على أنه لا يجوز التمليك بإبرام عقد البيع مضافاً إلى المستقبل مع إبرام عقد الإجارة[173].

وممن أجاز هذه الصورة الدكتور حسن الشاذلي، على ان يكون الثمن المحدد للبيع ثمناً حقيقياً، وليس صورياً حتى تتحقق شروط وأركان عقد البيع[174]، أخذاً برأي ابن تيمية في جواز تعليق عقد البيع على شرط.

الصورة الثالثة: عقد إجارة ووعد بالبيع

تتكون هذه الصورة من عقد واحد وهو عقد الإجارة ووعد بالبيع حال سداد الأجرة المتفق عليها.

وبناء على القول بوجوب الوفاء بالوعد فإن هذه الصورة تكون صحيحة، وقد أخذت بها المعايير الشرعية شريطة أن لا يكون الوعد ملزماً للطرفين[175].

جاء في معايير هيئة المحاسبة ما يلي: "في جميع حالات التمليك عن طريق الوعد بالهبة أو البيع لا بد من إبرام عقد التمليك عند تنفيذ الوعد ولا تنتقل ملكية العين تلقائياً بمجرد وثيقة الوعد الأولى"[176].

وقد أجاز مجمع الفقه هذه الصورة حيث جاء ذكر هذه الصورة من بين الصور الجائزة في الإجارة المنتهية بالتمليك.

وهذا نص القرار:

"عقد يمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستاجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان"[177].

(172) انظر قرار المجمع في دورته الثانية عشرة 2000م، ج133/1.
(173) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، بند رقم 7/8، ص142.
(174) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ص542.
(175) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، بند رقم 3/8، ص142.
(176) البند 3/8 من معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك ، ص117.
(177) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر، 2000م، قرار رقم 110 (12/4).

رابعاً: عقد إجارة مقترن بعقد هبة معلقة على شرط سداد جميع الأقساط

وتشمل هذه الصورة في شقها الأول عقد إجارة ابتداء وعقد هبة انتهاء معلق على شرط صحيح وهو سداد الأقساط الإيجارية. وقد قلنا أن ابن تيمية أجاز تعليق الهبة على شرط.

وفي هذه الصورة تنتقل الهبة مباشرة حال سداد الأقساط دون الحاجة إلى عقد آخر، وبهذا أخذت المعايير الشرعية، حيث جاء فيها: "في حال اقتران عقد الإجارة بعقد هبة معلق على شرط سداد جميع الأقساط الإيجارية في مواعيدها، وذلك بوثيقة مستقلة منفصلة، تنتقل ملكية العين للمستأجر إذا تحقق الشرط دون الحاجة لأي إجراء تعاقدي آخر، أما إذا تخلف المستأجر عن السداد في الموعد ولو لقسط واحد، فلا تنتقل له الملكية لعدم تحقق الشرط"[178].

وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى القول بصحة هذه الصورة حيث عدّها من بين الصور الجائزة، وهذا نص قرار المجمع: "عقد إجارة يُمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به عقد هبة العين للمستاجر، معلقاً على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد مستقل..."[179].

الصورة الخامسة: عقد إجارة ووعد بالهبة

وهذه الصورة: عقد إجارة ووعد بهبة العين المؤجرة. وهي كصورة الوعد بالبيع سابقة الذكر تأخذ حكمها مع الالتزام بضوابطها.

وقد أقر هذه الصورة بيت التمويل الكويتي حيث جاء في قراره ما يلي: "فإن العقد يصح إذا روعي فيه ما يلي:

(ج) نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها إليه، تنفيذاً لوعد سابق بذلك بين المالك والمستأجر"[180].

وقد ضبطت هيئة المعايير الصورة المقترنة بوعد الهبة أو وعد بيع أو عقد هبة بالضابط التالي "في حالات إصدار وعد بالهبة أو وعد بالبيع أو عقد هبة معلق بمستندات مستقلة لا يجوز أن يذكر أنها جزء لا يتجزأ من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك"[181].

(178) المعايير الشرعية، بند رقم 4/8، ص141.
(179) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة،2000م، رقم 110 (12/4)
(180) ينظر البيان الختامي للندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي الملحق بكتاب اعمال الندوة الفقهية الأولى.
(181) المعايير الشرعية، 1/8، ص142.

المطلب الخامس : أحكام بعض المسائل العملية :

(أولاً) فسخ العقد قبل ميعاده :

لمّا كان عقد الإجارة عقداً زمنياً يُضرب له أجل محدد ينتهي بانتهائه، كان لا بدَّ أنْ تظل التزامات المتعاقدين وحقوقهما قائمة طوال المدة الزمنية المحددة للعقد، لكن يحدث في الواقع لأسباب تتعلق بالمؤجر أو المستأجر، أو لأسباب سماوية قهرية لا دخل لأحدهما فيها ، أنْ يُفسخ العقد، كما لو امتنع المستأجر مثلاً عن دفع الأجرة المستحقة عليه للمؤجر، أو أخلَّ المؤجر بواجبه في تمليك منفعة المأجور للمستأجر، أو تلف المأجور قضاءً وقدراً، فهنا تنشأ مشكلة معالجة الدفعة الأولى، وكذا الأجرة المرتفعة التي أداها المستأجر للمؤجر خلال المدة الماضية قبل حدوث الفسخ.

كما يُفسخ العقد أيضاً في حالات أخرى يرغب فيها المستأجر بتملك المأجور فوراً وعدم انتظار المدة الطويلة للعقد رجاء أنْ يؤول إليه المأجور بطريق الهبة أو البيع بثمن رمزي، كونه لا يريد أنْ يموت مثقلاً بالدين، أو لا يريد نقل أعباء دينه إلى ورثته من بعده، لهذه الأسباب وغيرها تشتد حاجة المستأجر إذا توفرت لدية السيولة النقدية أنْ يتخلص من أعباء عقد التأجير التمويلي، والإشكال الذي تولده هذه الحالة هو: كيف يتم إنهاء العقد الأول، وهل البنك ملزم بإجابة رغبة المتعامل وتنفيذ طلبه، وهل العقود المنفذة في المصارف الإسلامية تعالج هذه الحالات العارضة.

نتناول المسائل -الآنفة الذكر- على النحو التالي:

(المسألة الأولى) فسخ العقد بالتراضي (الإقالة):

قد يتفق العاقدان على فسخ عقد التأجير التمويلي، وإلغاء حكمه وآثاره قبل انتهاء مدته، بحيث يُردُّ للمتعامل مبلغ الدفعة الأولى بالإضافة إلى ما زاد عن أجرة المثل عن المدة الماضية التي استوفى فيها منفعة المأجور، وهذه حالة نادرة الوقوع في تطبيقات المصارف الإسلامية، لأنها تتعارض مع مصلحة البنك، ولا تتفق مع سياسته في التمويل .

(المسألة الثانية) فسخ العقد بالعذر الطارئ :

قد يطرأ عذرٌ مفاجىء لا يد لأحد المتعاقدين فيه ، يجعلهما أو أحدهما عاجزاً عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد يرهقه، فيثبت للمتعاقد العاجز أو المتضرر حق فسخ العقد دفعاً للضرر عنه ، وهذا ما أخذ به فقهاء المذهب الحنفي(182)، بينما ذهب فقهاء المذاهب

(182) السرخسي: المبسوط 12/16.

الأخرى إلى أنَّ العقد لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب، أو فوات منفعة المأجور ؛ أي زوال المحل المعقود عليه .

وهذا ما نجد المصارف الإسلامية تنحو إلى الأخذ به، وتتبناه في التطبيق، ويظهر هذا لدى مراجعة العقد المخصص لهذه الصيغة من التمويل.

(المسألة الثالثة) فسخ العقد بسبب المستأجر:

قد يلجأ المؤجر إلى فسخ العقد مع المستأجر لعدم قيامه بتنفيذ التزاماته الواجبة عليه بالعقد، وذلك لضياع الفائدة التي ترجى من العقد، وففإضرار بمصلحة المؤجر، فالإبقاء على العقد قائماً مع وجود هذا الإخلال، لا يُجدي نفعاً ، فكان الحلُّ نقضه وإبطاله.

كما قد يطلب المستأجر نفسه فسخ العقد وعدم إكماله، لعدم قدرته على الوفاء بالتزاماته، أو لأي سبب آخر، وفي هذه الحالة لا يحق للمستأجر شرعاً فسخ العقد بإرادته المنفردة، لأنَّ العقد لازم لطرفيه لا ينفسخ إلا باتفاق إرادتهما .

وبتطبيق ذلك على عمل المصارف الإسلامية خاصة مع تأكيد المعيار الشرعي على وجوب تطبيق أحكام الإجارة العادية على عقد التأجير التمويلي الموقع بين البنك والمتعامل، نجد المصارف تستجيب لطلبات المتعامل بالفسخ الناشيء عن إرادته المنفردة، لكنها لا ترجع له شيئاً ممَّا زاد عن أجرة المثل التي تمَّ استيفاؤها منه، ولا شيئاً من الدفعة الأولى، فإما أنْ يحافظ على التزامه بالعقد أو أنْ يضحي بما قد بذله بصفته أجرة للمؤجر عن المدة التي انتفع طوالها بمنفعة المأجور.

لكن المصارف الإسلامية عادة ما تتعاطف مع المتعاملين وتتلطَّف في مثل هذه الحالات، لكنها لا تتوسع في ذلك خشية أن تتوافد عليها طلبات الفسخ بكثرة، فتعمد المصارف إلى إجراء دراسة مالية تتمحَّض عن إرجاع مبلغ معين لإرضاء المتعامل.

(المسألة الرابعة) فسخ العقد بسبب المؤجر :

كما لا يحق للمستأجر أنْ يفسخ العقد بمحض إرادته المنفردة، كذلك لا يحق للمؤجر أنْ يفسخ العقد بإرادته وحده، لكن إذا أقال المستأجر المؤجر فأخلى ذمته من الالتزامات الباقية، فإنَّ العدل والمنطق يقضيان بحق المستأجر في استرداد مبلغ دفعته الأولى، وما زاد عن أجرة المثل التي دفعها للمؤجر، أخذاً بالاعتبار أنه لم يدفع ذلك الزائد إلا لأمله في أنْ يتملك المأجور بعد انتهاء مدة العقد.

(المسألة الخامسة) فسخ العقد بسبب الرغبة في التملك المبكر :

يرغب بعض المستأجرين حال توفر السيولة النقدية لديه في أنْ ينهي جميع التزاماته مع البنك، على أنْ يتنازل البنك له بالمأجور مقابل دفع مبلغ معين ، والإشكال الذي يُثار هنا نصوغه بالسؤال التالي : هل مبلغ التنازل بالمأجور يحقق رضا المتعامل أم لا ؟

وهذا الإشكال سببه أنَّ المتعامل حين العقد ، يكون المصرف قد اتفق معه على تقسيم العائد الإيجاري إلى (أصل وربح)، ويُعنى بالأصل مبلغ التمويل الفعلي الذي قدمه البنك، وبالربح العائد الذي يستحقه المصرف مقابل التأجير من كل قسط، وبعد مرور مدة معينة، يأتي المتعامل بمبلغ يمثل ما تبقى من الأصل فقط دون الأرباح ليدفعه مقابل تملك المأجور، فيتفاجأ برفض البنك لذلك، وسبب الرفض أنَّ ما استوفاه البنك من أرباح عند مدة الانتفاع لا يتسق مع السياسة الربحية التي يتبناها المصرف، إذ لو باعها بالمرابحة لاستفاد البنك أكثر من تأجيرها بعائد منخفض لمدة طويلة ، فهل يتفق هذا الأسلوب مع أحكام الشريعة أم يتعارض معهك؟

تنص معايير المحاسبة الإسلامية على عدم جواز تقسيم العائد الإيجاري إلى أصل وربح، لأنَّ ما يستوفى بموجب عقد الإجارة المنتهية بالتمليك ليس ربحاً بل هو أجرة عن مدة الانتفاع، والإجراء الذي يتبعه البنك الإسلامي الأردني في حال ورود طلب فسخ للعقد بقصد التملك المبكر هو:

1- إنهاء عقد التأجير التمويلي بالإقالة.

2- بيع المأجور للمتعامل بمبلغ يتم الاتفاق عليه بينهما ، قد يكون المبلغ عبارة عن ما تبقى من أصل التمويل وقد يزيد وقد ينقص، ويرجع تحديد المبلغ إلى دراسة تقدمها الدائرة المعنية بهذا الصدد.

وتجدر الإشارة إلى أنَّ عقد التأجير التمويلي للبنك الإسلامي الأردني عالج هذه الحالة، حيث ينص البند الثالث عشر منه (التسديد المبكر والتملك) على ما يلي: "يجوز للمستأجر تملك المأجور مقابل تسديد جميع ما تبقى من بدل الإيجار- وأي التزامات أخرى مترتبة بموجب هذا العقد- قبل انتهاء مدته".

(ثانياً) الدفعة الأولى:

تشترط بعض المصارف الإسلامية بموجب تعليمات صادرة عن السلطات الإشرافية كالبنك المركزي على المتعامل بصيغة الإجارة التمليكية أنْ يدفع للبنك (20%) من ثمن العقار المنوي

شراؤه ثم تأجيره، ولو كانت المعاملة بيعاً لتم احتسابه كجزء من ثمن المبيع، لكن الأمر يختلف تماماً إذا كانت المعاملة إجارة ؛ إذ لا يمكن اعتبارها جزءاً من ثمن العقار، لذا اتجهت الآراء الفقهية الحديثة إلى اعتبار المبلغ المقدم دفعة إيجارية معجلة.

وفي التطبيق المصرفي توزع بعض المصارف هذه الدفعة على سنوات العقد كلها، وبعضها يحتسبها عن السنة الأولى من مدة العقد ، وهذا ما أخذ به البنك الإسلامي الأردني، حيث ينص البند الرابع من نموذج (طلب شراء أموال منقولة أو غير منقولة بقصد الاستئجار) على ما نصه: " تعتبر الدفعة المدفوعة من قبلنا مقدماً لكم، والبالغة .... دينار ، دفعة إيجارية معجلة محتسبة عن السنة الأولى من مدة العقد، عدا عن دفع الأقساط الأخرى المبينة في البند الرابع من عقد التأجير التمويلي المعتمد لديكم، ومن المفهوم أن العقد يفسخ بتراضي الطرفين و/أو حسب أحكامه، وفي حال حصول خلاف، تفصل هيئة الرقابة الشرعية في هذا الخلاف، ويكون قرارها قطعياً وملزماً للفريقين".

(ثالثاً) ربط الأجرة بأحد المؤشرات غير المنضبطة كالليبور والسيبور ونحوهما:

هذا وقد أجاز المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البند (3/2/5) من المعيار الشرعي رقم (9)الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك {، ربط الأجرة بمؤشر منضبط يقطع النزاع ، ويرفع الجهالة ، وهذا نصُّه : " في حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددةً بمبلغ معلوم ، ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط ، ويشترط أن يكون هذا المؤشر مرتبطاً بمعيار معلوم لا مجال فيه للنزاع ؛ لأنه يصبح هو أجرة الفترة الخاضعة للتحديد ، ويوضع له حدٌّ أعلى، وحدٌّ أدنى".

وكذلك أصدر المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمدينة باريس في جمهورية فرنسا في الفترة الواقعة في 1-5 تموز 2008م قراره(18/3) بند (3/6) القاضي بإجازتها ، ونصه: " أنْ تكون الأجرة محددة معلومة لا تبقى معها جهالة مؤدية إلى النزاع ، ويجوز ربطها بمؤشر معلوم (مثل لايبور) بأنْ يتفق الطرفان على أنَّ الأجرة المتغيرة مرتبطة بلايبور زائداً أو ناقصاً، ويجوز كذلك تحديد الأجرة في الإجارة الواردة على العمل بمبلغ يومي أو شهري أو سنوي، وربطه ربطاً قياسياً بمؤشر التضخم الذي تصدره الدولة في كل فترة " .

ويستخدم البنك الإسلامي هذا الأسلوب في التعامل مع الأجرة ، حيث يُخضع الأجرة إلى التغير الذي يحدث على مؤشر سعر إعادة الخصم ، وفي حالة تعديل الأجرة يُرسلُ إشعاراً

بذلك إلى العميل المستأجر كما هو منصوصٌ عليه في البند 3/4 من بنود العقد، ويُعتبر هذا الإشعار بمثابة إقرارٍ بالموافقة من المستأجر بزيادة الأجرة الجديدة ، دون الحاجة إلى إعراب المستأجر عن موافقته خطياً .

ومستند هذا الإجراء أنَّ العلة التي اشترط الشارع الحكيم لأجلها العلم بالأجرة هي : نفي الغرر والجهالة المفضيان إلى الخصومة والمنازعة، فإذا اعتُمِدَ في تحديد عوائد الإجارة مؤشرٌ استرشاديٌ مرتبطٌ بمعيارٍ معلوم لا مجال فيه للنزاع، انتفت علة المنع، بل إنَّ ربط الأجرة بمعدل سعر إعادة الخصم أبعد للعاقدين عن التغابن المؤدي للشقاق والنزاع من جعل الأجرة ثابتة.

وبما أنَّ المناط الذي يعتمد عليه الفقهاء عند بحثهم لأحكام الأجرة هو العلم بها عن طريق تحديدها تحديداً يعلمه الطرفان، بحيث يقف كبيِّنةٍ أمام أي دعوى أو معارضة محتملة بشأنه من أحد الأطراف المتعاقدة ، فإنَّ الخلاف الواقع في حكم الأجرة المتغيرة مردُّه اختلاف الفقهاء في مدى تحقق هذا المناط في مسألة ربط الأجرة بمؤشر متغير منضبط ؛ فبعضهم يرى أنَّ ربط الأجرة بمؤشر سعر الفائدة ينفي عن الأُجرة الغرر الفاحش، والجهالة البالغة المفسدة للعقود؛ إذ الغرر ما كان مجهول المآل والعاقبة، لا يدري أحد العاقدين كم يدفع وكم يأخذ، بل لا يدري أحياناً هل سيأخذ مقابل ما قدَّم شيئاً أم لا ، بينما الأجرة المربوطة بمؤشر الفائدة تؤول إلى علم لا يختلف عليه المتعاقدان، فليست مجهولة العاقبة، ولعلَّ في بعض التطبيقات العملية التي ساقها بعض الفقهاء الأجلاء في بطون الكتب الفقهية المعتمدة تحت باب الإجارة، وأجازوها: مثل : (إجارة المرضع، والأجرة بجزء محدد أو شائع من الإنتاج، واستئجار الأجير في مقابل كسوته وإطعامه، وإجارة الأرض بجزء من نتاجها ونحو ذلك) ما يؤيد القول بجواز ربط الأجرة بمؤشر متغير منضبط؛ لتحقق المناط -المشار إليه أعلاه- في جميعها، وهذا لا يعني خلوَّ ساحتها (أي التطبيقات الفروعية المتقدمة) من الجهالة تماماً، لكن القدر الذي أصابها من الجهالة ليس فاحشاً كبيراً بحيث يربك العقد، ويخلّ بالتزاماته؛ فهو من جهة يتعلق بالتغير في الأجرة وليس بأصلها، ومن جهة أخرى فإنَّ ربطها بمؤشر تصدره جهة رقابية إشرافية خارجية غير المتعاقدين، مع نشر المعلومات حوله قبل دفع الأجرة، يجعل حجم الغرر فيها يسيراً لا يضر؛ لأنه لا يؤدي إلى النزاع ، فلا يمنع من تنفيذ العقد.

(رابعاً) هل المغالاة في العائد الإيجاري يؤثر في الرضا الذي هو قوام العقد؟

الأجرة كالربح لاحدَّ لأكثرها ، ما دام الاتفاق ينعقد برضا الطرفين على تحديدها ، ولا غبن

ولا تغرير في العقد يؤثر في مشروعيته؛ لأنَّ جميع التفاصيل المتعلقة بهذا اللون من العقود معلومة بشكل واضح للمتعامل، إذ تحتم سياسة البنك عليه أنْ يكون لديه شفافية تامة في إيضاح كل ما يلزم إيضاحه عن التمويل الإيجاري.

الخاتمة:

خلص البحث إلى النتائج الهامة التالية :

- الإجارة المنتهية بالتمليك معاملة حديثة أوفدتها الصناعة المالية الغربية إلى مجتمعاتنا العربية، وتلقتها المؤسسات المالية، وأخذت في تطبيقها دون تنبه لِمَا انطوت عليه المعاملة من محذورات شرعية، وبما أنَّ من مقاصد الشرعية الإسلامية الترحيب بكل جديد نافع للأفراد والمجتمع، قام العلماء بدراسة هذه المعاملة، ووضعوا لها من الضوابط والمعايير الشرعية ما يكفل سلامة تطبيقها ، وجعلوا منها منتجاً إسلامياً.
- الإجارة المنتهية بالتمليك عقد يراد به تمليك منفعة عين مشروعة معلومة لمدة معلومة بعوض معلوم، يقترن به وعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها بإحدى الطرق التالية : الوعد بالبيع، أو الوعد بالهبة، أو بعقد هبة معلق على شرط سداد جميع الأقساط الإيجارية في مواعيد استحقاقها.
- تعد هذه الصيغة التمويلية بديلاً شرعياً للتمويل الربوي، وتسهل على المتعامل الحصول على أصول أو موجودات معمرة باهظة الثمن بطريقة تتناسب مع المتعامل ودخله.
- يجوز أنْ يجتمع في المعاملة الواحدة عقدان؛ كاجتماع عقد البيع مع الإجارة أو الهبة مع الإجارة سواء كان العقدان واردين على محل واحد أو كانا واردين على محلين مختلفين، ما دام كل عقد منها جائز بمفرده، وتوافرت فيه أركان قيامه، وجميع شروط صحته، ولم يكن حيلة للوصول إلى الربا، ولم يتنافى مقتضى كل عقد مع العقد الآخر.
- يجوز تعليق الهبة في الإجارة على شرط الوفاء بالأقساط الإيجارية في مواعيدها المقررة؛ لأن الهبة عقد تبرعي يتساهل في أحكامه ما لا يتساهل في غيره من عقود المعاوضات.
- الوفاء بالوعد واجب إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد.
- انقلاب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً دون إبرام عقد جديد، صورة محرمة لا يجوز تعاطيها في عمل المصارف الإسلامية.
- إبرام عقد إجارة بالإضافة إلى وعد بيع معلق على سداد الأجرة، صورة جائزة، أخذاً برأي ابن تيمية في جواز تعليق عقد البيع على شرط.

- اقتران الوعد بالبيع بعقد الإجارة بعد سداد كامل الأجرة، صورة جائزة ، إذ لو حللناها إلى عناصرها الإفرادية لوجدناكل عقد منها جائز بمفرده، واستوفى جميع شرائط إبرامه.

- يجوز اقتران عقد الهبة المعلقة على شرط سداد جميع الأقساط بعد الإجارة، على أن يكون لكل عقد وثيقة منفصلة الأحكام والآثار .

- نقل ملكية المأجور للمستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها إليه تنفيذاً لوعد سابق بين المالك والمستأجر ، صورة صحيحة .

- في جميع الحالات التي يجوز فيها إبرام عقد الإجارة المنتهية بالتمليك يجب أنْ لا ينص في عقد التأجير على أن الوثائق أو الملاحق بالعقد جزء لا يتجزأ منه .

- عقد الإجارة المنتهية بالتمليك عقد لازم لا ينفسخ بإرادة منفردة ، ويراعى في حال فسخ العقد بسبب المؤجر أو بسبب لا دخل للمستأجر، ردّ الدفعة الأولى المتسلمة في بداية عقد الإجارة للمتعامل ، بالإضافة إلى إرجاع ما زاد عن أجر المثل من الأقساط الإيجارية المدفوعة.

- تعد الدفعة الأولى دفعة إيجارية يحتسبها المصرف عن كل أو بعض سنوات العقد .

- يجوز ربط الأجرة بأحد المؤشرات غير المنضبطة؛ لأنه إذا جاز فسخ العقد كلية باتفاق الطرفين، فلأن يجوز تعديل الأجرة والتي تمثل أحد بنوده باتفاق الطرفين بالأولى.

- المغالاة في العائد الإيجاري لا يؤثر على الرضا الذي هو قوام العقد ، إذ الأجرة كالثمن أو الربح لا حدّ لأكثرها.

مراجع الفصل الخامس

- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد، (ت235). **مصنف ابن أبي شيبة**، تحقيق كامل الحوت، مكتبة الرشيد، الرياض (1409هـ).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني، **مجموع الفتاوى**، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف-السعودية، 1995م .
- ابن جزي، محمد بن أحمد بن محمد، **القوانين الفقهية**، بدون طبعة ولا تاريخ .
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الحديث-القاهرة، بدون طبعة،1425هـ-2004م .
- ابن رشد، محمد بن أحمد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار المؤيد، جدة، 1997م.
- ابن عابدين، محمد أمين، (ت1252هـ)، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار**، 8م، دار الفكر، ط2، 1966م .
- ابن فارس، أحمد، (ت395 هـ) **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام محمد هارون، 6م، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2، 1970م .
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله، **المغني**، ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، مطبوع ومعه الشرح الكبير .
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، **المقنع في فقه الإمام أحمد**، المطبعة السلفية .
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الكتب العلمية، ط1 1411هـ-1991م .
- ابن منظور، محمد بن مكرم، (ت711هـ)، **لسان العرب**، دار لسان العرب، بيروت .
- ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، (ت275هـ)، **سنن ابن ماجة**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى الحلبي، مصر .
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد الحنبلي، **المبدع شرح المقنع**، دار الكتب العلمية-بيروت، 1418هـ-1997م .
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م.
- ابن نجيم، زين الدين عابدين، **الأشباه والنظائر**، تحقيق عبد العزيز الوكيل، مؤسسة مصطفى الحلبي، مصر، 1968م.

- أحمد في المسند .
- مجلة الأحكام العدلية بشرح الأتاسي .
- الأنصاري، زكريا بن محمد. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، ط1892م، المطبعة اليمنية، القاهرة .
- البخاري: **الصحيح** .
- البراذعي، أبو سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني، **التهذيب في اختصار المدونة**، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- الإمارات، ط1، سنة 2002م.
- البعلي، محمد علي بن محمد، **الاختيارات الفقهية** من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، المؤسسة السعدية، الرياض .
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية.
- الترمذي .
- الحطاب، محمد بن محمد الطرابلسي المعروف، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، ط3،دار الفكر 1992م .
- الحطاب، محمد بن محمد الطرابلسي (ت954هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، ط2، 1977م.
- الدردير، أحمد بن محمد، (ت1201هـ)، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، وبهامشه حاشية الصاوي، أحمد بن محمد، 4م، دار المعارف، مصر، 1392هـ.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر،بدون طبعة ولا تاريخ .
- الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد، **نهاية المحتاج**، دار الفكر، طبعة 1984م .
- الزيلعي، عثمان بن علي، (ت743هـ)، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق**، 6م، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1315هـ .
- الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، 1384هـ .
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، **المبسوط**، بدون طبعة، 1414هـ-1993م .
- السيوطي، مصطفى، **مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى**، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق.

- الشاذلي، حسن علي ، **الإيجار المنتهي بالتمليك**، أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي المنعقدة في الكويت 7-11 آذار 1987.
- الشتري، سعد بن ناصر بن عبد الله، **عقد الإجارة المنتهي بالتمليك**، دار الحبيب، الرياض، 2000م .
- الشربيني، محمد الخطيب، (ت977هـ) **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفظ المنهاج**، 4م، مطبعة مصطفى الحلبي، 1958م .
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب ، **مغني المحتاج**، دار الكتب العلمية، 1994م .
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، دار الحديث-مصر، 1993م .
- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، دار المعرفة-بيروت، 1379هـ .
- القرافي، أحمد بن إدريس، ت685هـ، **الذخيرة**، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م .
- القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، **الذخيرة**، دار الغرب الإسلامي-بيروت،ط1، 1994 .
- القليوبي، أحمد سلامة.البرلسي، أحمد عميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين**، 4م، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، مصر .
- الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية،ط2 1986م .
- المرداوي، علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق محمد حامد الفقي، 12م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1957م.
- الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود، **الاختيار لتعليل المختار**، مطبعة احلبي-القاهرة، 1937م .
- المنيعي، محمد بن سليمان، **الإجارة المنتهية بالتمليك**، دراسة مقارنة، مجلة العدل، عدد 3، السنة الرابعة.

- النسائي، أحمد بن شعيب، (303هـ)، سنن النسائي بشرح السيوطي، دار إحياء التراث العربي -بيروت.
- النووي، يحيى بن شرف، (ت676هـ) **روضة الطالبين**، 12م، المكتب الإسلامي .
- الوادي، محمود حسين، سمحان، حسين محمد، **المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية**، دار المسيرة، الأردن، 2009م، ط3 .
- حماد،نزيه **العقود المركبة في الفقه الإسلامي**، دار التعلم، دمشق، ط1، سنة 2005م .
- شتا، علي أبو الفتح أحمد، **المحاسبة عن عقود الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية**، ط1 1424هـ-2003م .
- عمر، محمد عبد الحليم، **التأجير التمويلي من منظور إسلامي**، مجلة صالح كامل، عدد 7، سبتمبر 1998م.
- قاضي زاده، (ت988هـ)، **تكملة فتح القدير**، م، مكتبة مصطفى الحلبي، مصر، ط1، 1970م.
- قحف، منذر، **سندات الإجارة والأعيان المؤجرة**، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب/ جدة، 1995.
- مسلم.
- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، **الفتاوى الهندية**، دار الفكر، ط2،310هـ.
- **هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية**، المعايير الشرعية، 2010م .



الفصل السادس

خطابات الضمان: حقيقتها وأنواعها وتكييفها في الفقه الاسلامي

- المبحث الأول: في تعريف خطاب الضمان ومقوماته وخصائصه وأنواعه وشروطه.

وفيه أربعة مطالب: المطلب الأول: في تعريف خطاب الضمان.

المطلب الثاني: مقوماته.

المطلب الثالث: خصائصه.

المطلب الرابع: أنواعه وشروطه.

- المبحث الثاني: في التكييف الفقهي لخطاب الضمان وأحكامه.

وفيه مطلبان: المطلب الأول: في التكييف الفقهي لخطاب الضمان.

المطلب الثاني: في حكم أخذ البنوك الإسلامية بدلاً مالياً على خطابات الضمان.

المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان ومقوماته وخصائصه وأهميته

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان: الخطاب في اللغة: الكلام والرسالة، وفي التنْزيل ﴿أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ﴾ (1)(2) والضمان: من ضَمِنَ الشيء (بالكسر) ضماناً كفل به فهو ضامن وضمين، وضمّنه الشيء تضميناً غرَّمه(3).

فالضمان يطلق في اللغة على معان: منها الالتزام ومنها الكفالة ومنها التغريم وكل معانيه تدور على التزام الضامن لشيء معين(4).

أما الضمان في الاصطلاح الفقهي فهو "التزام دين أو إحضار عين أو بدن"(5).

وعليه فإن تعريف خطاب الضمان كمركب إضافي بصفته عملية مصرفية هو: "تعهد كتابي نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله - ونسميه الآمر - بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون التوقف على شرط آخر"(6).

وعرفه بعضهم بأنه: "تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين، تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان دون التفات لما يبديه العميل من المعارضة(7).

فخطاب الضمان إحدى العمليات الائتمانية التي تقدمها البنوك لعملائها، فحين يريد العميل الدخول في التزام ما، ويطلب الطرف الذي يريد العميل الالتزام معه (المستفيد) ضماناً لجدية هذا الالتزام، فعوضاً عن دفع العميل جزءاً من ماله للمستفيد وتجميده فإنه يلجأ إلى البنك ليبرم معه عقد اعتماد ضمان ويتفق في هذا العقد على أن يصدر البنك خطاب الضمان لصالح المستفيد وبالشروط التي يطلبها العميل.

ففي خطاب الضمان لا يقدم البنك المال فوراً للعميل، وإنما يتعهد فقط بأن يدفع إلى

---

(1) سورة ص، آية 23.

(2) د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ص243.

(3) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مادة ضمن ص384، ط1، 1967م.

(4) وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج28، ص219.

(5) المصدر السابق، ص220.

(6) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية 64/5، ط1982م، ود. علي جمال الدين عطية، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص485.

(7) السالوس، علي، الكفالة المصرفية وتطبيقاتها المعاصرة، ص131.

شخص يعيّنه العميل - عادة يكون دائناً حالاً أو احتمالياً - مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين عند طلب ذلك الدائن، والبنك لا يدفع بذلك شيئاً عند إصدار هذا الخطاب، ولذلك قيل: إن البنك وإن كان لا يقرض العميل المال حالاً إلا أنه يقرضه توقيعه[8].

المطلب الثاني: مقومات خطاب الضمان وخصائصه

ينشئ خطاب الضمان علاقات بين أطراف ثلاث هي:

2- العميل (الآمر بإصدار الخطاب).

ب- البنك

جـ- المستفيد.

فعلاقة العميل بالمستفيد قد تكون بيعاً أو مقاولة أو أي عقد آخر، وعلاقة العميل بالمصرف هي تعهد بأداء التزام واجب عليه في زمن محدد لطرف ثالث هو المستفيد.

وعلاقة المصرف بالمستفيد هي أداء الحق المالي الواجب في ذمة العميل للمستفيد عند المطالبة به قبل انتهاء مدة الخطاب، وهذه العلاقات لا تتداخل ولا يؤثر بعضها في بعض، ويترتب على أطرافها التزامات[9].

وعليه فإن مقومات هذا العقد هي الصيغة وأطراف العقد (العميل والمصرف) ومحل العقد وهو التزام بأداء الدين (دفع مبلغ معين أو قابل للتعيين) الواجب في ذمة العميل.

ويلاحظ من التعريفات السابقة أن خطاب الضمان عقد رضائي لا ينعقد إلا بتوافق الإرادتين (العميل والمصرف) عند إبرام العقد، ففيه إيجاب من العميل طالب خطاب الضمان وفيه قبول من جانب المصرف.

ويظهر أثره إذا لم يرفض الخطاب في فترة زمنية محددة، كما أن خطاب الضمان فيه معاوضة بين المصرف والعميل فالمصرف يأخذ العمولة مقابل إصداره الخطاب والعميل يحصل على الخطاب الذي فيه ضمان المصرف بدفع الالتزام للمستفيد.

كما أن كفالة المصرف للمستفيد بدفع الالتزام مستقلة عن التزام العميل، فالمصرف ملتزم تجاه المستفيد بدفع المبلغ المحدد في الخطاب عند أول طلب له، ولا يتوقف هذا الالتزام على تقصير العميل، ولا على أي أمر آخر، وهذا الأمر يبعد خطاب الضمان عن حقيقة الكفالة التي يحق للمدين مطالبة كل من المدين والكفيل، أو مطالبة الكفيل عند تقصير الدائن أو جحده.

(8) د. محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، 532/1.

(9) د. محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، ج1، ص533.

ففي خطاب الضمان يدفع المصرف الالتزام دون الالتفات إلى أي شرط أو أمر آخر.

وبمعنى آخر فإن الكفالة تعطى للدائن مديناً ثانياً أكثر ملاءة من الأول ولكن خطاب الضمان يجعل المصرف مديناً للمستفيد، ولا يلتفت إلى المدين وهو العميل، وهذا يعني كما يقول د. الصوا "أن تطوراً قد طرأ على حقيقة خطاب الضمان في العقود الثلاثة الماضية ويؤكد ذلك أن نمطاً آخر من تعاريفه انطوى على قيود جديدة وخصائص ذاتية تبعده عن حقيقة الكفالة المعروفة في الفقه والقانون"[10].

فالمصرف يلتزم أمام المستفيد بوصفه مديناً أصيلاً أمام المستفيد، لا بوصفه نائباً عن العميل فالخطاب وحده هو الذي يحكم العلاقة بين المصرف والمستفيد وهي علاقة مستقلة تماماً عن العميل وهذا يبعد أيضاً خطاب الضمان عن الكفالة.

كما يفهم مما سبق أن خطاب الضمان يعتبر التزاماً شخصياً من المصرف تجاه المستفيد، فليس للمستفيد التنازل عنه لأي شخص آخر كالأوراق التجارية، والمصرف يتحرر تلقائياً إذا لم تصله مطالبة من العميل قبل انتهاء تاريخ الخطاب.

يتفق خطاب الضمان مع الكفالة بأن الغاية بالنسبة لكل منهما هي غاية تأمينية فهو أداة ضمان وليس أداة وفاء كالأوراق التجارية (الشيك أو الكمبيالة أو السند).

المطلب الثالث: خصائص خطاب الضمان:

ويمكن أن نوجز أهم خصائص خطاب الضمان فيما يلي[11]:

1- استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان تجاه المستفيد عن التزام العميل تجاه المستفيد فلا ارتباط بين علاقة المصرف بالمستفيد وعلاقة العميل بالمستفيد، وعليه فلا يستطيع المصرف رفض دفع الالتزام الوارد في الخطاب للمستفيد بناء على طعن العميل أو علاقة العميل بالمصرف.

2- أن التعهد في خطاب الضمان مستحق الدفع فوراً عند طلب المستفيد وحسب التاريخ المحدد.

3- إن مضمون الالتزام الوارد في الخطاب من المصرف للمستفيد لا يتوقف على عنصر خارج عن الخطاب، وإنما هو ناشئ عن الخطاب نفسه وهذا ما يحقق الطمأنينة للمستفيد ويجعل الخطاب يحل محل التأمين النقدي تماماً.

(10) د. علي الصوا: خطابات الضمان كما تجريها البنود الإسلامية وأحكامها الشرعية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 23، العدد 1996/1، ص155.

(11) في خصائص خطاب الضمان راجع عماد ابو صد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، ص14، 15. ود. جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص485.

المطلب الرابع: أنواع خطاب الضمان وشروطه

يمكن تقسيم خطابات الضمان باعتبارات منها:

1- خطابات الضمان بحسب الغرض منها وهي أنواع عدة أهمها[12]:

أ) خطابات الضمان التي تصدر للتمكن من الاشتراك في المناقصات والمزايدات.

وتتمثل في الصور الآتية:

الصورة الأولى:

خطاب الضمان الابتدائي أو المؤقت: وتطلبه الجهة الطارحة للمناقصة أو المزايدة حتى تضمن عدم تراجع مقدم الغطاء إذا تغيرت الأسعار أو تبين له خطأ في تقديره فتشترط تقديم تأمين نقدي أو خطاب ضمان بنسبة معينة من قيمة العطاء تتراوح من 5%-10% من قيمته، فالغرض من هذا الخطاب ضمان جدية مقدم العطاء لئلا ينكل بعد رسو العطاء عليه مما يلحق ضرراً بصاحب المشروع، وسمي ابتدائياً أو مؤقتاً لأنه ينتهي الغرض منه بعدم رسو المزاد أو المناقصة على العميل أو برسوها عليه وتقديمه التأمين النهائي.

الصورة الثانية:

خطاب الضمان النهائي: وهو الذي يقدم بعد رسو العطاء على صاحبه وتوقيع العقد مع الجهة صاحبة المزايدة أو المناقصة لضمان حسن تنفيذ العملية وبالتالي تضمن تلك الجهة عدم خسارتها في حال الإخلال بمقتضى العقد وتكون قيمة هذا الخطاب عادة بما يعدل 10%-25%من قيمة العطاء.

ب) خطابات الضمان المتعلقة بعقود التوريد والمؤسسات المهنية أو الملاحة البحرية أو الجمركية ولها صور منها:

الصورة الأولى:

خطاب ضمان عقود التوريد: ويقدم هذا الخطاب في حالة الدفعات المقدمة التي يحصل عليها الموردون من قيمة أوامر التوريد التي تصدر إليهم ولا تصرف هذه الدفعات إلا مقابل خطابات ضمان عنها.

---

(12) د. علي الصوا، خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 23، العدد 1، سنة 1996، ص151، و د. محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، ص544، وما بعدها، وعماد ابو صد، احكام خطابات الضمان ص38، ونادية القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان، ص14-16.

الصورة الثانية:

خطابات ضمان المؤسسات المهنية: وهي التي تطلب ممن يرغبون مزاولة مهنة معينة كشرط من شروط مزاولة تلك المهنة مثل المخلص الجمركي وأصحاب المستودعات وغيرهما.

الصورة الثالثة:

خطابات الضمان الملاحية: وفيها يقدم المستورد (العميل) إلى وكيل شركة الملاحة بالميناء خطاب ضمان مصرفي بقيمة الشحنة الواردة في حال تأخر وصول مستندات الشحن وبذلك يسلمه الوكيل الشحنة مطمئناً أنه إذا لم تصل المستندات في الوقت المناسب فإن البنك يقوم بدفع قيمة الخطاب المساوية لقيمة البضاعة، وعندما ترد المستندات يقدمها العميل أو البنك إلى وكيل شركة الملاحة مقابل استرداد خطاب الضمان وبذلك يحفظ المستورد بضاعته من الضرر أو الخسارة جراء الانتظار لحين وصول المستندات وتحفظ شركة الملاحة حقها.

الصورة الرابعة:

خطابات الضمان الجمركية.

2- تقسم خطابات الضمان باعتبار تقييدها بالشرط أو عدم تقييدها به إلى نوعين:

أ) خطابات الضمان المشروطة: وهي التي يحدد استحقاق تسلم المستفيد للمبلغ المحدد في الخطاب عند حصول تقصير من العميل، وتقديم المستفيد سندات تثبت تقصير العميل وعندئذ يتم تسليمه المبلغ دون النظر إلى طعن العميل فيها.

وهذا النوع قل ما يتم التعامل به نظراً لأن الخطاب لا يوفر الضمانات الكافية للمستفيد.

ب) خطابات الضمان غير المشروطة: وهي التي يستحق المستفيد المبلغ المحدد في الخطاب بمجرد الطلب دون أن يتوقف التسليم على أي شرط.

وهذا النوع هو ما استقر عليه العمل المصرفي، لأن توقف الوفاء بخطاب الضمان على شرط (كما في الصورة الأولى) يخرج خطاب الضمان عن أداء وظيفته.

وعليه فإن البحث سينصب على هذا النوع من الخطابات[13].

شروط المصارف لإصدار خطابات الضمان

تشترط المصارف عادة لإصدار خطابات الضمان شروطاً تتمثل فيما يأتي:

- أن يقدم العميل ضمانات مناسبة كرهن أو كفالة.

(13) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص596.

- أن يقدم العميل تأميناً نقدياً وهو ما يسمى بغطاء خطاب الضمان، وقد يكون هذا الغطاء كلياً يغطي قيمة خطاب الضمان وحينئذ لا يجوز للعميل التصرف في هذا المبلغ النقدي حتى ينتهي التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان.

وقد يكون الغطاء جزئياً يغطي العميل جزءاً منه.

- أن يدفع العميل للمصرف عمولة لقاء إصدار خطاب الضمان[14].

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لخطاب الضمان وأحكامه

المطلب الأول: في التكييف الفقهي لخطاب الضمان.

ذهب الكثير من الباحثين إلى تكييف خطاب الضمان على أساس إلحاقه بعقد من العقود المسماة وذهب آخرون إلى اعتباره عقداً جديداً لا يمكن إلحاقه بأي من العقود المسماة التي تجعله يختلف عنها وهذا بيان موجز لأقوالهم في المسألة موضوع البحث:-

القول الأول: أن خطاب الضمان وكالة في جميع حالاته مغطى أم غير مغطى[15].

فحسب هذا التكييف فإن العميل يوكل المصرف بدفع التأمين النقدي للمستفيد من مال العميل إذا كان الخطاب مغطى، ومن مال المصرف إذا كان الخطاب غير مغطى ثم يرجع المصرف على موكله لاحقاً، والمصرف ملزم بتقديم خطاب الضمان كحق وواجب للعميل على المصرف لأن الوكالة هنا بأجر، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن خطاب الضمان في ظاهره كفالة بالأمر والكفالة بالأمر في حقيقتها وكالة.

يقول د. سامي حمود: "وإن تكييف خطاب الضمان على أنه وكالة لا يبدو متبايناً مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك تماماً كما يرجع الوكيل لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء"[16].

وبناء على هذا القول يجوز للمصرف أخذ عمولة على عملية خطاب الضمان لأن الوكالة بأجر تجوز كما هو معروف فتخرج العمولة على أنها أجرة على الوكالة.

ونوقش هذا القول بأن:

الوكالة هي: "استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة"[17] فالوكيل هو نائب عن

(14) المرجع السابق، ص589، ود. محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، ص563 وما بعدها.

(15) د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص331، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، 1157/2، ونادية القليوبي والنظام القانوني لخطابات الضمان، ص59.

(16) د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص331.

(17) الإقناع لطالب الانتفاع، موسى بن احمد الحجاوي، ص368.

موكله فقط وهي وإن كانت تصلح لتفسير العلاقة بين العميل والمصرف لكنها لا تصلح لتفسير علاقة المصرف بالمستفيد، لأنه لا يعتبر في علاقته مع المستفيد نائباً عن العميل وإنما يلتزم بدفع الدين باعتباره أصيلاً لا نائباً عن العميل، وتبرأ بذلك ذمة العميل تجاه المستفيد وهذا يخالف التزام الوكيل في عقد الوكالة لأن المصرف يلتزم بتنفيذ ما تعلق بذمته لا ما بذمة العميل، كما أن الآثار المترتبة على خطاب الضمان من وجوب دفع المصرف الالتزام رغم اعتراض العميل، لا يتفق مع أحكام الوكالة التي تقضي بأن للأصيل أن يمنع الوكيل من التصرف، بل له أن يعزله، وهنا لا يملك العميل عزل المصرف بعد إصداره خطاب الضمان، وفي الوكالة لا تبرأ ذمة الأصيل بمجرد تعيين وكيل عنه خلافاً لخطاب الضمان كما سبق القول.

إن القول بأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة في حقيقتها يجانب الصواب، وذلك أن الكفالة شيء والوكالة شيء آخر؛ "فالكفالة بالأمر لم تتغير فيها الحقيقة الشرعية وهي شغل الذمتين بحق واحد ومعظم الكفالة التي تتم إنما تتم بالأمر من المكفول عنه وهذا الأمر لا يغير من الطبيعة الشرعية التي تقوم عليها الكفالة وإلا نكون قد فرغنا الكفالة من محتواها ومن مضمونها لمجرد وجود هذا الأمر فالوكالة شيء والكفالة شيء آخر، الوكالة فيها التزام أما الكفالة ففيها شغل ذمتين بحق واحد"[18]. هذا إذا لم يكن خطاب الضمان غير مغطى بالكامل أو كان مغطى جزئياً.

أما إذا كان الخطاب مغطى بالكامل من العميل فهو عقد وكالة على اعتبار أن العميل يعطي هذا الغطاء للمصرف ليسد به الدين إذا طولب به فيصبح المصرف وكيلاً عن العميل في دفع هذا المال للمستفيد وهذا ما أخذ به المجمع الفقهي حيث جاء في قراره: "وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره (البنك) هي الوكالة"[19].

وهذا واضح في حالة الغطاء النقدي، أما إذا كان الغطاء من غير النقود فإنه يكون بمثابة الرهن عند المصرف ولا يصح تخريجه على الوكالة، وهذا الإشكال يمكن تجاوزه لأنه يمكن للإنسان أن يوكل شخصاً بقضاء دينه عنه من ماله – مال الوكيل – ثم يرجع الوكيل بعد ذلك على الموكل بما دفع ويأخذ أجراً – أي عمولة –.

جاء في حاشية ابن عابدين: "والوكيل بقضاء الدين من ماله أو مال موكله لا يجبر عليه إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين... وحاصله أنه لا يجبر إذا لم يكن عند الوكيل مال ولا دين...

(18) نادية القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان، ص59 ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية للمؤتمر، العدد 2، ج2، ص1163 سنة 1986.

(19) مجلة المجمع، العدد 1209/2، ونادية القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان، ص69.

فلا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا في مسائل لكونه تبرعاً وظاهر الأشباه أن التوكيل بأجر يجبر"[20].

القول الثاني: أن خطاب الضمان كفالة بالدين وذلك في معظم حالاته.

قال د. سامي حمود: "ويبدو للنظرة الأولى أن معظم الحالات التي يستخدم فيها خطاب الضمان من نوع كفالة الدين إلا الخطاب المقدم للشاحنين أو وكلائهم فهو نوع من ضمان الدرك"[21].

وممن قال بهذا الدكتور الصديق الضرير وبكر أبو زيد.

واستدلوا لذلك بأن كلاً من خطاب الضمان والكفالة في الفقه الإسلامي متفقان من حيث المعنى فالمصرف كالكفيل من حيث الوفاء بالتزام المكفول، والعميل كالمكفول عنه والمستفيد كالمكفول له، والحق الموثق بخطاب الضمان هو المكفول به وكلتا العمليتين ملزمة، خطاب الضمان ملزم للمصرف الضامن، والكفالة ملزمة للكفيل، وكما يرجع الكفيل على المكفول عنه فيما دفع فإن المصرف يرجع على عميله بمقدار ما دفع عنه[22].

وقد رتب أغلب العلماء القائلين بهذا القول عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة، وبالتالي حرمة العمولة على الضمان عملاً بقول جمهور الفقهاء الذين منعوا أخذ الأجرة على الكفالة قال البغدادي في مجمع الضمانات "ولو كفل شخصاً بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة فالكفالة باطلة"[23] وتكييف خطاب الضمان على أساس الكفالة لا يستقيم فالمصرف يلتزم بدفع المبلغ المعين بمجرد أول طلب من المستفيد، ولا يلتفت إلى اعتراض أو طعن العميل، كما أن المصرف لا دخل له في العلاقة بين العميل والمستفيد، وهذا يناقض حقيقة الكفالة، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، كما أن الغاية من الكفالة هي تحقيق قدر من الثقة للمكفول به من خلال ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، وهذا لا يكتفى به المستفيد في خطاب الضمان، فالخطاب ليس مجرد ضم ذمة إلى ذمة كما في الكفالة، وإنما هو التزام مستقل ومجرد عن أي شرط أو طعن من العميل[24].

(20) حاشية ابن عابدين، محمد امين بن عمر عابدين، ج8، ص264-265.

(21) د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص328.

(22) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج28، ص296، ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص300.

(23) د. محمد عثمان شبير، كتاب المعاملات المالية المعاصرة، ص301.

(24) د. علي الصوا، خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد 23، عدد 1، سنة 1996، ص155. وانظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1210/1209/2.

القول الثالث: التفريق بين ما كان مغطى وغير مغطى من الخطاب، فيعد خطاب الضمان وكالة إن كان مغطى تغطية كاملة وهو كفالة إذا كان مكشوفاً، وإذا كان مغطى جزئياً فهو وكالة في الجزء المغطى وكفالة في الجزء المكشوف، وممن قال بهذا الدكتور علي السالوس وعبد الستار أبو غدة وجمع من العلماء وهو الرأي الذي رجحه وتبناه المجمع الفقهي الإسلامي وجاء في قراره في مؤتمره الثاني المنعقد في جدة سنة 406هـ الموافق 1989:

1-إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والنهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مالاً وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

2- إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة لأنه في حال أداء الكفيل مبلغ الضمان فإنه يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض وذلك ممنوع شرعاً.

لذلك فإن المجمع يقرر ما يلي:

أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجرة عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها غالباً مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعي في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء"[25].

والقائلون بهذا القول لم يجيزوا أخذ الأجرة (العمولة) على الضمان كما هو واضح في قرار المجمع أما المصاريف الإدارية فيجوز للمصرف الرجوع على العميل بها لأنها في مقابل عمل يستحقه مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل. وهذا الرأي هو الشائع والعمل عليه.

وهذا التكييف لم يأخذ في اعتباره علاقة المصرف بالمستفيد كما أنه يرد عليه ما سبق من الإشكالات الواردة على القول بأن خطاب الضمان وكالة أو كفالة[26].

القول الرابع: إن خطاب الضمان لا يخرج عن كونه جعالة، فالمصرف يقوم بعمل يتمثل في

(25) المرجعين السابقين.

(26) د. محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، ص586، 560.

الخدمة التي يؤديها وتشمل تسجيل الضمان وما يتبعه من إجراءات متابعة وتسجيل في الدفاتر، وهذا التعهد الذي يشتمل عليه الخطاب يعزز قيمة التزامات العميل وبذلك يكون عملاً محترماً وهذا الرأي يربط المقابل (العوض المالي) بالعمل والمخاطرة معاً وتجعلها جعالة لا أجرة، وإلى هذا ذهب الدكتور محمد باقر الصدر ود. أحمد علي عبد الله وآية الله محمد علي التسخيري وغيرهم[27].

القول الخامس: إن خطاب الضمان لا يخرج عن كونه حوالة مطلقة وهي جائزة عند الحنفية، فالمطلقة هي: أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذي عليه، والمقيدة يقيده بذلك، فالعميل في صورة الخطاب يحيل المستفيد على المصرف حوالة مطلقة، وتعتبر نافذة من حين الخطاب الابتدائي، وقد تمت الحوالة برضا الأطراف الثلاثة العميل والمصرف والمستفيد، فإن دفع المصرف للمستفيد فله الرجوع على العميل بما دفع، والعميل يستفيد البراءة من الدين والمطالبة من حين صدور خطاب الضمان فالعلاقة والالتزامات مستقلة بين أطراف العقد[28]. وعلى القول بأنها حوالة مطلقة لا يجوز أخذ الأجرة (العمولة) لأنها تكون من باب القرض الذي جرَّ نفعاً وهو ربا، والمحال عليه لم يقم بعمل يستحق عليه مقابل.

القول السادس: إن خطاب الضمان من العقود المستحدثة الذي يجمع بين أحكام عدد من العقود المسماة من الكفالة والوكالة والرهن وغيرها وله خصائص ينفرد بها عن هذه العقود وإن اشترك معها في بعض الأحكام مما يجعله عقداً مستقلاً جديداً، والشريعة الإسلامية لا تمنع وجود صور جديدة لعقود المعاملات فالأصل في العقود والشروط الإباحة كما هو مقرر، يقول د. علي الصوا: "فإن علاقة جديدة أخرى تنشأ بين المصرف والمستفيد، يشغل المصرف فيها ذمته بحق المستفيد بالتزامه وحده، ويصبح المستفيد مستحقاً عليه، وقد فسرت هذه العلاقة بأنها نوع جديد من الضمان ليس كالكفالة ولا كالرهن وإنما هو من ابتكارات العرف المصرفي، نشأ بنتيجة تطور الأعمال التجارية والحياة الاقتصادية بصفة عامة"[29].

خلاصة القول: بعد استعراض آراء العلماء في تكييف خطابات الضمان، فإنه يظهر لي أننا أمام عقد جديد اقتضته المعاملات التجارية المعاصرة يحقق قدراً كبيراً من الائتمان مما يسهم

(27) محمد الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية، 331/1، ود. محمد شبير: المعاملات المالية المعاصرة ص302. وانظر التسخيري، محمد علي، اراء حول خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد2، 1113/2، سنة 1986م. والصدر، محمد باقر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص131، ود. احمد علي عبد الله، جواز اخذ الأجر او العمولة في مقابل خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد2، 1135/2، 1147، سنة1986.

(28) المراجع السابقة.

(29) د. علي الصوا: خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 23، عدد 1، سنة 1996.

بشكل كبير في ازدهار الحركة التجارية والعمرانية، وقد وجهت آراء سديدة للأقوال التي ألحقته ببعض العقود المسماة كعقود الكفالة أو الوكالة لاستقرار العرف على أن لخطابات الضمان خصائص تميزه عن غيره، ولذا فإنني أميل إلى اعتباره عقداً جديداً أو جعالة يجوز أن تأخذ المصارف الإسلامية عن تقديمه عوضاً مالياً بشروط تبعد به عن الربا كما سيأتي توضيحه.

وقد سبق لنا القول في مبحث الصرف والمتاجرة بالعملات أن الربا يكون في الأموال التي تكون وحدة قياس لسائر الأموال أصالة كالذهب والفضة والنقود الورقية أو بدلاً عنه عند عدم وجود وحدات القياس أصالة للمحافظة على خصائص هذه الوحدات، والتعامل بخطابات الضمان لا يؤثر على وحدات القياس فهو عمل ائتماني لتسهيل العمليات التجارية ولا غرر فيه ولا جهالة، وعليه فإنني أرى جواز أخذ عمولة على إصدار خطابات الضمان بشروط كما سيأتي.

المطلب الثاني: حكم أخذ المصارف الإسلامية بدلاً مالياً على خطابات الضمان:

بناء على التكييف السابق ذكره لخطابات الضمان فقد اختلفت الآراء حول أخذ عوض مالي على إصدار المصارف لخطابات الضمان وضوابطه.

فالذين قالوا إنها وكالة أجازوا أخذ عمولة على إصدارها في حدود الأجور المتعارف عليها بين المصارف، أما الفوائد المتحققة من تاريخ دفع قيمة المطالبة إلى تاريخ تسديد العميل هذه القيمة فإنها محرمة لأنها ربا.

والذين قالوا إن خطابات الضمان هي كفالة فريقان:

الفريق الأول: منع أخذ العمولة على خطابات الضمان وهم غالبية العلماء الذين أدلوا بآرائهم في هذه المسألة واستدلوا بأن:-

- نتيجة خطابات الضمان هي أنها قرض جر نفعاً، ففي حال أداء الضامن للمضمون به يكون العوض مقابل هذا الدفع الذي هو بمثابة قرض في ذمة المضمون عنه. فهذه الصورة من الكفالة تعتبر تبرعاً ابتداءً ومعاوضة انتهاءً عندما يرجع الكفيل على المكفول بما دفعه، وهذه الصورة مثل القرض.

قال ابن عابدين: "الكفيل مقرض، فإذا اشترط له الجعل على كفالته، فمعنى ذلك اشتراط الزيادة على مقدار القرض فيكون باطلاً، لأنه ربا العوض"[30].

وقال الدردير في الشرح الكبير: "وأما صريح الضمان بجعل فلا خلاف في منعه"[31].

(30) ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، 372/6.

(31) نقلاً عن بحث د. السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1082/2.

وهذا صحيح إذا قلنا إن خطابات الضمان كفالة، وسبق أن بينّا أن لها بعض الخصائص التي تجعلها لا تتطابق في أحكامها مع الكفالة.

- إن عقد الكفالة مبني على الإرفاق والتوسعة، ففي أخذ العوض عليه دفع لمقصد الشارع، والأصل أن الشارع جعل الكفيل غارم، فإذا كان الأصل في الزعامة - أي الكفالة - أنها غرم، فكيف تتحول إلى غرم.

أما الفريق الثاني فقد أجاز أخذ الأجرة على خطابات الضمان واستدلوا:

- بأنه لا يوجد نص من كتاب أو سنة يمنع أخذ الأجرة عليها ولا يوجد لخطابات الضمان نظير يقاس عليه يمنع أخذ الأجرة، والأصل في العقود والشروط الإباحة.
- بالقياس على ما أفتى به بعض المتأخرين من جواز الأجرة على الواجبات والطاعات التي لا يجوز أخذ الأجر المادي عليها، ذلك أن تقاعس الناس عن أداء الكفالة دون مقابل مع الحاجة إليها يدعو إلى تحفيزهم ولو بإعطاء بدل مادي.
- بالقياس على ما أفتى به بعض العلماء من جواز أخذ الأجرة على الجاه في حالات معينة فقد ذكر الونشريسي في المعيار أن القوري سئل عن حكم أخذ الأجرة على الجاه فذكر أن العلماء اختلفوا فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن مجيز بإطلاق، ومن مفصل أنه إن كان بحاجة إلى مشقة وكلفة جاز وإلا حرم، فكذلك الضمان فيه كلفة على البنك ومخاطرة لذلك جاز أخذ الأجرة عليه[32].
- ولأن التعهد الذي يشتمل عليه خطاب الضمان يعزز التزامات العميل والمستفيد وبذلك يكون الخطاب عملاً يمكن أخذ الأجرة عليه.

ويبدو لي من استعراض أدلة هذا الفريق أنهم في الجملة لا يرون انطباق أحكام الكفالة على خطابات الضمان من كل وجه فهي عندهم كفالة ذات طبيعة خاصة أو هي جعالة يجوز أخذ الأجرة عليها[33].

وخلاصة القول الذي أميل إليه أن الكفالة المحضة لا يجوز أخذ الأجرة عليها، ولكن ما نحن بصدده ليس كفالة محضة كما بينا.

أما عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة المحضة فلما سبق من أدلة، وأضيف إليها رأي العلامة الأستاذ مصطفى الزرقا رحمه الله في هذا الصدد، حيث يرى أنه إذا جاز أخذ الأجرة على الكفالة فإن تحريم الربا يفقد حجيته، فلا يبقى هناك مجال أبداً لتعليل حكمة الربا، لأننا نحرم على المقرض أن يأخذ فائدة أو أي زيادة على مبلغ القرض لأنها ربا، وهو محرم فكيف إذن نبرر ذلك إذا قلنا إنّ الكفيل لمجرد تعرضه إلى أن يؤدي مالاً في المستقبل - سيصبح

(32) نقلاً عن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 2-1178-1182.

(33) المرجع السابق، ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص302.

قرضاً - يسوغ له أخذ الأجر، ذلك المقرض الربوي الذي يدفع بالفعل ويتخلى عن جزء من ماله لمصلحة ذلك الآخر الذي يستعمل مال المقرض نقول: لا يجوز له أن يأخذ زيادة على ما أقرض، والذي لم يقرض بالفعل، ولكنه دخل تحت مسؤولية تُعرِّضه لأن يؤدى فيما بعد مالاً، نقول: له أن يأخذه، لهذا انكشف لي ما في ذلك من تناقض إذا قررنا جواز أخذ الأجرة على الكفالة، وزالت غمامة فكري في الموضوع، وكنت أعجب لهذا الاتفاق - أي بين الفقهاء - لأنه قلما يوجد مسألة فقهية ليس فيها خلاف في المذاهب والآراء بكثرة، وهذه لم أجد فيها خلافات[34].

ثم إن منع أخذ الأجر على الضمان هو الذي يميز المصارف الإسلامية عن المصارف الربوية، ولذا فإن هذا الفريق يرى عدم جواز أخذ عمولة على خطاب الضمان يراعي فيه مقدار المبلغ والمدة الزمنية، وله أن يأخذ عمولة تراعى فيها الأعمال والإجراءات التي يقوم بها، وليس مبلغ الدين ومدته أو الفائدة الربوية التي يستحقها البنك من تاريخ دفعه الدين للمستفيد إلى تاريخ الوفاء من العميل.

والذين قالوا إن خطاب الضمان حوالة مطلقة لم يجيزوا أخذ الأجرة على الحوالة لأنها تكون من باب القرض الذي جر نفعاً وهو ربا، كما أن المحال عليه لم يقم بعمل يستحق عليه مقابل، ويجوز للبنك أخذ عمولة نظير الجهد والخدمات الإدارية والمصرفية التي قدمها فعلاً لإتمام العملية ويؤخذ بالعرف المصرفي في تحديدها.

وأما العمولات أو الفوائد التي تأخذها المصارف الربوية كربح على إصدار الخطاب فلا تجوز لأن العملية إما حوالة أو كفالة وفي الحالتين لا يجوز أخذ عوائد ربحية عنها.

والذين قالوا بأنها عقد جديد أو جعالة أجازوا أخذ العمولة أو الأجرة على ما يقوم به المصرف من عمل وجهد حسب العرف المصرفي، ولم يجيزوا أخذ الفائدة في حالة صيرورة المصرف دائناً بالفعل[35].

وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى أنه لا يجوز أخذ الأجر على الكفالة لأنها عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان حتى لا يكون من قبيل القرض الذي جر نفعاً على المقرض في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان، وإذا كان الخطاب مغطى فالعلاقة بين العميل والمصرف هي وكالة يجوز أخذ الأجر عليها وكذلك إذا كان الغطاء جزئياً فيجوز أخذ الأجر على الجزء المغطى باعتباره وكالة وأخذ عمولة عن الجزء غير المغطى مقابل الجهد والعمل الحقيقي الذي قام به البنك.

وإذا كان الخطاب بدون غطاء فالعملية ضمان أو كفالة لا يجوز أخذ الأجرة عليها كما سبق القول وهذا ما أخذت المعايير الشرعية.

(34) الشيخ مصطفى الزرقا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 3/1169-1193.

(35) د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص332. ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص302.

مراجع الفصل السادس

1- د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، جزأين، نشر دار الدعوة، اسطانبول، تركيا.

2- البهوتي، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، نشر مطبعة الحكومة بمكة المكرمة عام 1394.

3- الحجاوي، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، دار ابن حزم، الطبعة التاسعة 1426-2005، بيروت، لبنان.

4- الحطاب، أبي عبد الله حمد بن حمد بن عبد الله بن عبد الرحمن المغربي، مواهب جليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

5- حمود، د. سامي أحمد حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية.

6- الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1426-2005، بيروت، لبنان.

7- الدسوقي، محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والتوزيع.

8- الزحيلي، د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة التاسعة، 1427-2006، دمشق.

9- الشرواني والعبادي، عبد الحميد الشرواتي وأحمد بن قاسم العبادي، حاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج للشيخ شهاب الدين أحمد بن حجر الرملي، دار الفكر.

10- شبير، د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة 1422-2001، الأردن.

11- الشنقيطي، د. محمد مصطفى الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، مكتبة العلوم والحكم الطبعة الثانية 1422-2001، المدينة المنورة.

12- العيني، محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، الطبعة الثانية 1900، بيروت.

13- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار – حاشية ابن عابدين –، دار عالم الكتب، طبعة خاصة 2003، الرياض.

14- ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1997، بيروت.

15- ابن قدامة، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني على

مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1424-2004، بيروت.

16- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1982

17- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الثاني، 1989.

18- الموسوعة العلمية والعملية لأعمال البنوك الإسلامية، الجزء الشرعي، المجلد الأول، الطبعة الأولى، 1982، الاتحاد الدولي للبنوك.

19- الموصلي الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

20- النووي، أبي زكريا يحيى شرف الدين النووي، روضة الطالبين، دار عالم الكتب، صبعة خاصة 2003، الرياض.

21- وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة، الطبعة الأولى 1995، الكويت.

22- أبو صد، عماد أبو صد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة ماجستير، إشراف الدكتور جورج حزبون، الجامعة الأردنية 1995.

23- إسماعيل، د. محيي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، 1987.

24- البارودي، د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، الناشر منشأة المعارف 1986، الاسكندرية.

25- عوض، د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة.

26- عبد الرحيم، جمال خضر عبد الرحيم، خطابات الضمان والاعتمادات المستندية والكفالات في التشريعات والقواعد الدولية واتفاقية الأمم المتحدة، الناشر اتحاد المصارف العربية، بيروت.

27- عبد العال، د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية 1994، الاسكندرية.

28- قليوبي، د. سميحة قليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية 1988، القاهرة.

الفصل السابع

معيار الأوراق المالية

- المبحث الأول: في مفهوم الأسهم وأنواعها وخصائصها.وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في مفهوم السند لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أنواع الأسهم.

المطلب الثالث: خصائص الأسهم.

- المبحث الثاني: في قيمة الأسهم وحقوق مالك السهم.وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في قيمة الأسهم.

المطلب الثاني: حقوق مالك السهم

- المبحث الثالث: في ضوابط التعامل بالأسهم (تداولها).
- المبحث الرابع: في ضمان إصدار الأسهم وتقسيط قيمتها عند الاكتتاب وإقراضها ورهنها والسلم فيها.وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في ضمان الإصدار.

المطلب الثاني: تقسيط سداد قيمة السهم عند الاكتتاب.

المطلب الثالث: أقراض الأسهم ورهنها والسلم فيها.

- المبحث الخامس: في عمليات بيع الأسهم في الأسواق المالية الثانوية.وفيه مطلبان:

المطلب الأول: طرق بيعها في السوق العاجلة.

المطلب الثاني: بيعها في السوق الآجلة.

- المبحث السادس: في السندات وحكم إصدارها وتداولها. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في تعريف السند.

المطلب الثاني: في حكم اصدار السندات.

المطلب الثالث: في حكم تداولها والبديل الشرعي لها.

تمهيد:

في تعريف السوق، الأوراق المالية، سوق الأوراق المالية، "البورصة".

مفهوم السوق لغة: السوق موضع البيع والشراء والتعامل، ولفظ السوق يذكر ويؤنث، وجمعه أسواق وتصغيره سُويقة[1].

مفهوم السوق اصطلاحاً: توجد السوق عندما يستطيع المشترون لسلعة ما أو خدمة ما الاتصال ببائعي هذه السلعة أو الخدمة بأية وسيلة من وسائل الاتصال (البريد، البرق، التلكس)، وبذلك تتحدد السوق على أساس إمكانية الاتصال بين قوى العرض والطلب وهي بذلك ليست قاصرة على مكان جغرافي محدد[2].

مفهوم الأوراق المالية: هي الصكوك التي تصدرها الدولة أو الشركات من أسهم وسندات قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية[3].

مفهوم سوق الأوراق المالية "البورصة":

هي المكان الذي يجتمع فيه المتعاملون بالأوراق المالية "الأسهم والسندات" في أوقات محددة لتبادلها وفق قواعد وأنظمة تنظم سلوك المتعاملين وطرق التبادل القانونية[4].

والسوق المالية تتكون من السوق الأولية وهي التي يتم فيها العرض والطلب على الأموال من خلال أدوات مالية يتم إصدارها لتمثل هذه الأموال.

ومن السوق الثانوية وهي التي يتم فيها تداول هذه الأدوات بالبيع والشراء.

والأدوات المالية قد يكون أجل استحقاقها قصيراً كأذون الخزانة وهذه السوق هي سوق النقد وقد يكون أجل استحقاقها متوسطاً أو طويلاً كالأسهم والسندات وهذه السوق هي سوق رأس المال ثم إن تداول الأدوات المالية (الأسهم أو السندات). إما أن يكون منظماً في قاعات مخصصة وفق قواعد ونظم تحكم سلوك المتعاملين وطرق تبادلهم للأوراق المالية وتسمى السوق المنظمة "البورصة"، وإما أن يتم التداول لهذه الأوراق المالية من خلال السماسرة فيسمى السوق حينئذ السوق غير المنظمة[5].

والأوراق المالية التي يجري التعامل بها في السوق المالية هي الأسهم والسندات، ولهذا فإننا سنتناولهما ببيان مفهومها والأحكام المتعلقة بهما.

---

(1) رضا، احمد، معجم متن اللغة، 252/3.

(2) هيكل، عبد العزيز فهمي، موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية، ص543.

(3)د. شبير: محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ص203.

(4) عبد اللطيف، احمد سعد، بورصة الأوراق المالية، ص24.

(5) د. مبارك سليمان ال سليمان: احكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص59.

المبحث الأول: في الأسهم

مفهومها وأنواعها وخصائصها وأحكامها

المطلب الأول: مفهوم السهم لغة واصطلاحاً

السهم في اللغة:

السين والهاء والميم أصلان، أحدهما يدل على تَغَيّر في لون، والآخرُ على حظ ونصيبٍ وشيء من أشياء[6].

والسهم النصيب والحظ، وجمعه أسهم وسُهْمان وسهام وسُهْمة، وقد يعني القدح الذي يضرب به في الميسر[7].

السهم اصطلاحاً:

للسهم تعريفات متقاربة في المعنى من هذه التعريفات ما أوردته هيئة المحاسبة والمراجعة للمعايير الشرعية حيث عرفت السهم بأنه "حصة الشريك في موجودات الشركة ممثلة بصك قابل للتداول"[8].

وعرفه آخرون بأنه: صكوك أو وثائق متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة وقابلة للتداول بالطرق التجارية وتمثل حقوق المساهمين في الشركات التي أسهموا في رأس مالها[9].

فالسهم يراد به أمران: نصيب المساهم في رأس مال الشركة، والصك المكتوب الذي يتضمن حق المساهم وما هو مخول له من حقوق[10].

المطلب الثاني: أنواع الأسهم

تتنوع الأسهم باعتبارات مختلفة إلى أنواع وهي:

---

(6) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 111/3.

(7) الفيروز أبادي: القاموس المحيط، فصل السين، ص1452 . وابن منظور، جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم، (ت711)، لسان العرب، ج12، ص358-359.

(8) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار 21، ملحق ج ص308. والعكيلي، عزيز، شرح القانون التجاري في الشركات التجارية وفقاً لقانون الشركات الجديد رقم 22 لسنة 1997، ص230. ولمزيد من الاطلاع على تعريفات السهم انظر د. محمد سويلم، إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية ص268، والقرضاوي: فقه الزكاة، 531/1.

(9) خروفة، علاء الدين، عقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص131.

(10) د. احمد محمد لطفي، معاملات البورصة بين النظم الوضعية والأحكام الشرعية، ص46.

1- **فمن حيث الحصة التي يدفعها الشريك تنقسم إلى**[11]:

أ. **أسهم عينية:** هي الأسهم التي تمثل حصصاً عينية في رأس مال الشركة من منقول أو عقار أو ما إلى ذلك من الموجودات.

ب. **أسهم نقدية:** وهي التي تدفع نقداً.

2- **ومن حيث الشكل تنقسم إلى**[12]:

أ. **أسهم إسمية:** هي التي تصدر باسم شخص معين وتثبت ملكيته بقيد اسم المساهم في دفاتر الشركة.

ب. **أسهم لحاملها:** هي التي لا يذكر اسم المساهم ويعتبر حامل السهم مالكاً له في نظر الشركة[13].

ج. **أسهم للأمر:** هي الصكوك التي تصدر لأذن شخص معين ويتداول هذا السهم بطريقة التظهير.

3- **من حيث الحقوق التي تعطيها لصاحب السهم**[14].

أ. **أسهم عادية:** وهي الأسهم التي تتساوى قيمتها وتعطي لأصحابها حقوقاً متساوية، ويحصل صاحبها على قدر من الربح يتفق مع ما دفعه إلى الشركة دون أي زيادة أو مزية أخرى ويتحمل الخسارة بقدر السهم، والأسهم العادية تطرح على الجمهور عن طريق الاكتتاب العام في الأسواق الأولية ويسمح لها بالتداول في الأسواق الثانوية فتخضع قيمتها السوقية لتغيرات مستمرة تعود للعرض والطلب أو لأسباب اقتصادية أو سياسية، ويحق لحاملها التصويت في اجتماع الهيئة العامة.

ب. **أسهم ممتازة:** وهي التي تعطي أصحابها حقوقاً خاصة لا توجد في الأسهم العادية لجذب الجمهور للاستثمار ومن هذه الحقوق:

أ- حق الحصول على الأرباح الثابتة سواء ربحت الشركة أو خسرت.

ب- حق استعادة قيمة السهم كاملة عند تصفية الشركة.

جـ- حق منح صاحب السهم الممتاز أكثر من صوت في الجمعية العمومية.

---

(11) العريني، محمد فريد، القانون التجاري، ص479.

(12) المرجع السابق، ص478.

(13) د. الخياط، عبد العزيز، بحث الشركات في ضوء الإسلام من كتاب الإدارة المالية في الإسلام من إصدارات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية، 181/1.

(14) هندي، منير إبراهيم، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، ص287، الزرري، عبد النافع عبد الله، الأسواق المالية، ص155-160. ود. طارق الشلبي ومحمد الشلبي: مقدمة في الأسواق المالية والنقدية، ص100.

وهذا النوع من الأسهم لا يجوز إصداره في نظر الشريعة الإسلامية لأنه يتنافى مع العدل الذي أمر الإسلام به. ولأن حاملها يأخذ ربحاً بدون مقابل مال أو عمل أو ضمان[15].

وقد نصت هيئة المحاسبة والمراجعة في المعايير الشرعية[16] على عدم جواز هذا النوع من الأسهم حيث جاء فيها:

"لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى إعطائها الأولوية عند التصفية أو عند التوزيع، ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية بالإضافة إلى حقوق الأسهم العادية مثل حق التصويت.

4- **ومن حيث استرداد قيمتها الاسمية قبل انقضاء الشركة وعدم الاسترداد إلى**[17]:

أ. **أسهم رأس المال:** هي الأسهم التي لم تستهلك قيمتها أثناء حياة الشركة فيظل رأس المال قائماً داخلاً في موجودات الشركة، متصلاً بأموالها لحين انقضاء الشركة وعند ذلك فقط يتقاسم المساهمون أموال الشركة، ويسترد كل منهم أسهمه في رأس المال، وكل ما تستحقه حسب نتيجة التصفية.

ب. **أسهم التمتع** هي الأسهم التي ترد قيمتها إلى مالكها تدريجياً أو مرة واحدة قبل انقضاء الشركة.

والأصل أن من حق الشريك البقاء في الشركة، ومع ذلك فإن استهلاك الأسهم في بعض الحالات قد يبدو ضرورياً. كما إذا كانت ممتلكات الشركة مما يلحقه التلف على توالي الزمن كشركات المناجم والمحاجر[18].

وهذا النوع من الأسهم لا يجوز إصداره لأن الشريك بعد أن يسترد قيمة أسهمه لا يعتبر شريكاً ولا يستحق المشاركة في الأرباح لأن الربح في الشركات يستحق بأحد أسباب ثلاث المال، العمل، الضمان، ولا يوجد أي سبب منها في صاحب أسهم التمتع[19].

وقد نصت هيئة المحاسبة في المعايير الشرعية[20] على أنه: (لا يجوز إصدار أسهم التمتع

(15) شعبان محمد البرواري، بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي، ص93. ود. طارق الشلبي، مقدمة في الأسواق المالية والنقدية، ص100. ود. عبد العزيز الخياط. بحث الشركات في ضوء الإسلام، من كتاب الإدارة المالية في الإسلام ص181.

(16) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار رقم 21، البند، 6/2.

(17) أحمد لطفي، معاملات البورصة، بين النظم الوضعية والأحكام الشرعية، ص89. ود. أحمد محمد خليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي ص60.

(18) ومصطفى كامل، أساسيات القانون التجاري، ص432.

(18) شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص205. ود. احمد محمد خليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص60.

(20) هيئة المحاسبة والمراجعة والمعايير الشرعية، المعيار رقم 21، البند رقم 7/2.

وهي التي تعطى للشريك عوضاً عن أسهمه التي ردّت إليه قيمتها تدريجياً من خلال الأرباح في أثناء قيام الشركة، وتمنحه بدلاً عن ذلك سهم تمتع يخوله الحقوق التي لأسهم رأس المال إلا في الأرباح واقتسام موجودات الشركة عند حلها، حيث يعطى مالك أسهم التمتع نصيباً من الأرباح أقل مما يعطى مالك أسهم رأس المال، كما لا يكون لمالك سهم التمتع نصيب في موجودات الشركة عند حلها الابعد أن يستوفي أصحاب أسهم رأس المال قيمة أسهمهم).

المطلب الثالث: خصائص السهم

تتميز الأسهم بمجموعة من الخصائص وهذه الخصائص تكفل للسهم أداء مهمته في الحركة الاقتصادية وهذه الخصائص هي[21]:

1- تتساوى قيمة الأسهم حسبما يحددها القانون والحكمة من تساويها تسهيل تقدير الأغلبية في الجمعية العمومية وتسهيل عملية توزيع الأرباح على المساهمين وتنظيم سعر الأسهم في البورصة، وهذا جائز شرعاً لأنه يحقق العدالة بين الشركاء.

2- تساوي قيمة الأسهم يقتضي تساوي الحقوق بين المساهمين إلا أن بعض القوانين تجيز إصدار أسهم ممتازة بقرار من الهيئة العامة غير العادية تمنح أصحابها حق الأولوية في الأرباح أو في أموال الشركة عند تصفيتها أو كليهما أو أية ميزة أخرى وسبق لنا القول بأن الأسهم الممتازة لا تجوز شرعاً.

3- تكون مسؤولية الشركاء بحسب قيمة السهم فلا يسأل عن ديون الشركة إلا بمقدار أسهمه التي يمتلكها. وينطبق عليها المعايير الفقهية لشركة المضاربة، وفي المضاربة لا يُسأل رب المال عن ديون الشركة إلا بمقدار المال الذي قدمه ولا يلزم بدفع سائر ديونها.

4- عدم قابلية السهم للتجزئة فإذا مات الشريك أصبحت ملكية السهم مشاعة بين الورثة ويختارون ممثلاً عنهم في الجمعة العمومية للمساهمين لكي يباشر الحقوق المتصلة بالأسهم. وهذا جائز شرعاً باعتباره شرطاً متفقاً عليه بين المساهمين، والمسلمون عند شروطهم ما دامت لا تخالف قاعدة أو نصباً شرعياً.

5- قابلية الأسهم للتداول وهي أهم خصيصة للسهم فإذا نص على خلاف ذلك فقدت الشركة صفة المساهمة.

(21) الشريف، محمد عبد الغفار، بحوث فقهية معاصرة، (احكام السوق المالية)، ص70، الخياط، عبد العزيز عزت، الشركات، ص94-95، طه، مصطفى كمال، اساسيات القانون التجاري، ص428-429.

المبحث الثاني: قيمة الأسهم وحقوق مالك السهم

المطلب الأول: قيمة الأسهم

للسهم قيم مختلفة هي القيمة الاسمية والقيمة الحقيقية والقيمة السوقية وقيمة الإصدار وهذا توضيح لها.

القيمة الإسمية وهي القيمة المثبتة في الصك، ويكون حساب رأس مال الشركة وفقاً للقيمة الإسمية لمجموع الأسهم[22].

القيمة الحقيقية: وهي المبلغ الذي يستحقه السهم من صافي أموال الشركة بعد حسم ديونها أي أن قيمة السهم تشمل رأس المال المدفوع وموجودات الشركة والأرباح الاحتياطية أو المحتجزة محسوماً منها ديون الشركة. وقد تكون أعلى من القيمة الإسمية إذا ربحت الشركة وقد تكون أقل إذا خسرت الشركة.

وهذه القيمة يجوز اعتبارها شرعاً لأن أرباح الشركة وموجوداتها تنمو فتصبح قيمة السهم أكثر من القيمة الإسمية، وقد تخسر الشركة فتصبح قيمة السهم الحقيقية أقل من القيمة الإسمية[23].

القيمة السوقية: وهي قيمة السهم في السوق المالي حسب العرض والطلب، وهي متغيرة بسبب ظروف العرض والطلب والظروف السياسية والاقتصادية وهذا جائز شرعاً[24] لأن الأسهم كالسلعة تتأثر بالعرض والطلب والظروف المحيطة، ولا مانع من تداول الأسهم بدون إذن الشركاء لعدم وجود نص يمنع ذلك.

قيمة الإصدار: وهي القيمة التي يصدر بها السهم عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال ولا يجوز إصدار الأسهم بأقل من قيمتها الإسمية بقصد زيادة رأس المال إذا تساوى مع السهم الاسمي في اقتسام الربح، لأن الربح إنما يستحق بالمال أو العمل أو الضمان، ولا مال ولا عمل ولا ضمان في مقابل الزيادة التي يتقاضاها صاحب السهم الإصداري، وفيه إضرار بالمساهمين الأولين الذين دفعوا قيمة الأسهم الإسمية كاملة، لمشاركة السهم الإصداري في ربح غير مستحق وفي موجودات الشركة والأضرار لا يجوز[25].

---

(22) د. احمد بن محمد بن الخليل: الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص61، وعبد العزيز الخياط: الشركات، 95/2، وبحث الشركات في ضوء الإسلام، من كتاب الإدارة المالية في الإسلام، ص181، 198.

(23) المراجع السابقة.

(24) د. محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة، ص164، ود. مصطفى طه: الوجيز في القانون التجاري، 287/1، ود. الخياط: بحث الشركات في ضوء الإسلام من كتاب الإدارة المالية في الإسلام، ص198.

(25) د. الخياط: بحث الشركات في ضوء الإسلام من كتاب الإدارة المالية في الإسلام، ص198. ود. محسن شفيق: الوسيط في شرح القانون التجاري، 574/1، ود. مصطفى طه، الوجيز في القانون التجاري، 294/1، ود. مبارك سليمان آل سليمان: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص115.

المطلب الثاني: حقوق مالك السهم

يعطي تملك السهم للمساهم حقوقاً أساسية يمكن أن نوجزها فيما يلي:

لا يجوز فصل المساهم من الشركة أو نزع ملكيته وله حق التنازل عن السهم لمن شاء وله الحق في الأرباح والاحتياطات بنسبة ما يملك من أسهم إلى سائر أسهم الشركة وله حق الرقابة على أعمال الشركة ورفع دعوى المسؤولية على إدارة الشركة وله حق التصويت في الجمعية العمومية، وله حق الأولوية في الاكتتاب عند زيادة رأس مال الشركة[26].

المبحث الثالث: ضوابط التعامل بالأسهم

يجوز التعامل بالأسهم (استثماراً أو متاجرة) وفق ضوابط، وهذا بيان موجز لهذه الضوابط.

الضابط الأول: أن تكون الأسهم صادرة من شركات ذات أغراض مشروعة بأن يكون موضوع نشاطها حلالاً مباحاً، أما إذا كان موضوع نشاطها محرماً كشركات إنتاج الخمور فلا يجوز امتلاك شيء من أسهمها لأن شراء الأسهم من باب المشاركة في الإثم والعدوان. وقد نصت هيئة المحاسبة والمعايير على هذا الضابط حيث جاء فيها:

يجوز إصدار الأسهم إذا كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله مشروعاً، بأن لا يكون الغرض من إنشائها التعامل في أمور محرمة، مثل تصنيع الخمور، أو الاتجار في الخنازير، أو التعامل بالربا، فإن كان غرضها غير مشروع حرم إنشاء الشركة، وحرم تبعاً لذلك إصدار الأسهم التي تتكون منها هذه الشركة[27].

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي:

أ. بما أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز.

ب. لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات أو المتاجرة بها

وأما إذا كانت الأسهم في شركات، الأصل في أنشطتها أنها مشروعة ولكنها تتعامل أحياناً بالمحرمات كالربا ونحوه.

(26) د. محمد الشريف، احكام السوق المالية، ص71-72، ود. الخياط: الشركات، ص100.
(27) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار 21 البند رقم 12، ص383.

فقد نص المجمع على أن الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات كالربا ونحوه بالرغم من أنشطتها الأساسية مشروعة وقد رأى المجلس تأجيل النظر فيها إلى دورة قادمة لمزيد من الدراسة والبحث.

وقد وضعت هيئة المحاسبة والمعايير قيوداً على التعامل بأسهم هذه الشركات فقد جاء في المعيار (2) البند 4/3 تحت عنوان: المساهمة أو التعامل (الاستثمار والمتاجرة) في أسهم شركات أصل نشاطها حلال، ولكنها تودع أو تقرض بفائدة.

الأصل حرمة المساهمة والتعامل (الاستثمار أو المتاجرة) في أسهم شركات تتعامل أحياناً بالربا ونحوه من المحرمات مع كون أصل نشاطها مباحاً، ويستثنى من هذا الحكم المساهمة أو التعامل (الاستثمار أو المتاجرة) بالشروط الآتية:

1- أن لا تنص الشركة في نظامها الأساسي أن من أهدافها التعامل الربا أو التعامل بالمحرمات كالخنْزير ونحوه.

2- ألا يبلغ إجمالي المبلغ المقترض بالربا سواء أكان قرضاً طويل الأجل أم قرضاً قصير الأجل، 30% من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة علماً بأن الاقتراض بالربا حرام مهما كان مبلغه.

3- ألا يبلغ إجمالي المبلغ المودع بالربا سواء أكانت مدة الإيداع قصيرة أو متوسطة أو طويلة 30% من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة، علماً بأن الإيداع بالربا حرام مهما كان مبلغه.

4- أن لا يتجاوز مقدار الإيراد الناتج من عنصر محرم نسبه 5% من إجمالي إيرادات الشركة سواء أكان هذا الإيراد ناتجاً عن ممارسة نشاط محرم أم عن تملك لمحرم، وإذا لم يتم الإفصاح عن بعض الإيرادات فيجتهد في معرفتها ويراعي جانب الاحتياط.

5- يرجع في تحديد هذه النسب إلى آخر ميزانية أو مركز مالي مدقق.

6- يجب التخلص مما يخص السهم من الإيراد المحرم الذي خالط عوائد تلك الشركات وفقاً لما يأتي:

أ. يجب التخلص من الإيراد المحرم سواء أكان ناتجاً من النشاط أو التملك المحرم، أم من الفوائد على من كان مالكاً للأسهم سواء أكان مستثمراً أم متاجراً حين نهاية الفترة المالية ولو وجب الأداء عند صدور القوائم المالية النهائية، سواء أكانت ربعية أم سنوية أم غيرها، وعليه فلا يلزم من باع الأسهم قبل نهاية الفترة المالية التخلص.

ب. محل التخلص هو ما يخص السهم من الإيراد المحرم، سواء أوزعت أرباح أم لم توزع وسواء ربحت الشركة أم خسرت.

جـ. لا يلزم الوسيط أو الوكيل أو المدير التخلص من جزء من عمولته أو أجرته التي هي حق لهم نظير ما قاموا به من عمل.

د. يتم التوصل إلى ما يجب على المتعامل التخلص منه بقسمة مجموع الإيراد المحرم للشركة المتعامل في أسهمها على عدد أسهم تلك الشركة، فيخرج ما يخص كل سهم ثم يضرب الناتج في عدد الأسهم المملوكة لذلك المتعامل فرداً كان أو مؤسسة أو صندوقاً أو غير ذلك وما نتج فهو مقدار ما يجب التخلص منه.

هـ. لا يجوز الانتفاع بالعنصر المحرم - الواجب التخلص منه - بأي وجه من وجوه الانتفاع، ولا التحايل على ذلك بأي طريق كان ولو بدفع الضرائب.

و. تقع مسؤولية التخلص من الإيراد المحرم لصالح وجوه الخير على المؤسسة في حال تعاملها لنفسها أو في حال إدارتها، أما في حالة وساطتها فعليها أن تخبر المتعامل بآلية التخلص من العنصر المحرم حتى يقوم بها بنفسه، وللمؤسسة أن تقدم هذه الخدمة بأجر أو دون أجر لمن يرغب من المتعاملين ومستند هذا الرأي هو تطبيق قاعدة رفع الحرج، والحاجة العامة وعموم البلوى ومراعاة قواعد الكثرة والقلة والغلبة وجواز التعامل مع من كان غالب أمواله حلالاً والاعتماد على مسألة تفريق الصفقة وعلى ذلك فتاوى معظم هيئات الفتوى والرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية.

ومما استدل به القائلون بجواز التعامل مع الضوابط المذكورة قاعدة (يثبت تبعاً ما لم يثبت استقلالاً)[28] بمعنى أن الحرام لم يكن مقصوداً أصالة بالعقد ونسبته قليلة وهو تبع لا أصل في العقد، وبقاعدة (الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس)[29].

وإذا كان الذي يريد شراء الأسهم من الشركة التي تتعامل بالمحرمات يريد تغيير جميع أنشطتها بحيث لا تخالف الشريعة الإسلامية فإنه يجوز له الإسهام أو التعامل لأجل التغيير إذا كانت لديه القدرة على التغيير باتخاذ قرار التحول وفقاً للشريعة في أول اجتماع للجمعية العمومية أو بالسعي للتغيير مع مراعاة الشروط الخاصة بالتخلص مما يخص السهم من الإيراد المحرم الذي خالط عوائد تلك الشركات.

(28) ابن رجب، القواعد، ص342.

(29) الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق د. تيسير فائق احمد، 24/2.

وذلك لأن شراء الأسهم كان وسيلة لتغيير المنكر فكان من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[30] وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي بقراره رقم 63 ((7/1) بشأن الأسواق المالية.

الضابط الثاني: أن تكون الأسهم صادرة عن شركة معروفة في سلامة تعاملها ونزاهتها فلا يجوز التعامل أو الاستثمار بأسهم سلة الشركات لأنها غالباً (حسب الواقع) لا تخلو من أنشطة اقتصادية محرمة كشركات الخمور والبنوك التقليدية أو أنها تتعامل ببيع الديون دون مراعاة لشروطها الشرعية مما يجعلها تدخل في دائرة الربا المحرم.

الضابط الثالث: أن لا يترتب على التعامل بها أي محظور شرعي كالربا والضرر والجهالة وأكل أموال الناس بالباطل، فلا يجوز للمسلم قبول أسهم الامتياز وأسهم التمتع[31].

الضابط الرابع: أن لا تكون أسهم الشركة ديوناً أو نقوداً فقط إلا بمراعاة أحكام الصرف.

فالأسهم تمثل حصة مالية شائعة في مجموع مالي، هو صافي موجودات مشروع معين، أو عدد من المشروعات، وهذه الموجودات تشمل عادة نقوداً وأعياناً ومنافع وديوناً أو حقوقاً لدى الغير.

فالورقة المالية، بعد قفل باب الاكتتاب، وقبل إقامة المشروع وبداية التشغيل تمثل حصة نقدية، من حصيلة الاكتتاب، فلا يجوز تداولها بالبيع والشراء، إلا وفق أحكام الشريعة الخاصة ببيع النقد بالنقد، كالتماثل في بيع النقد بالنقد، وعلى ذلك فإن الورقة المالية تباع في هذه المرحلة بقيمتها الاسمية دون زيادة أو نقص[32]. وهذا ما قرّرته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية[33].

لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها نقوداً فقط، سواء في فترة الاكتتاب، أو بعد ذلك قبل أن تزاول الشركة نشاطها أو عند التصفية إلا بالقيمة الإسمية وبشرط التقابض.

أما بعد قيام المشروع ومزاولته للنشاط الاقتصادي فإن الورقة المالية تمثل حصة شائعة في مجموع مالي يتكون غالباً من أعيان ومنافع ونقود، وديون في ذمة الغير، فهذه الورقة

(30) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية المعيار 21 ملحق ب.
(31) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص383.
(32) حسين حامد حسان، بحث الأدوات المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د7 (16/1).
(33) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار 21 البند 17/3.

المالية يجوز تداولها والتصرف فيها شريطة أن تكون الأعيان والمنافع غالبة على النقود والديون، لأن الحكم للغالب، والنادر لا حكم له[34]، وعلى هذا نصت المعايير الشرعية[35]:

"إذا كانت موجودات الشركات مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو غرض الشركة ونشاطها المعمول به، فإذا كان غرضها ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة (30%) من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً). بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها حينئذٍ تابعة.

أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الذهب أو الفضة أو العمولات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون.

أما إذا كانت الديون هي الغالبة، فإن تداول الورقة المالية يخضع لأحكام تداول الديون" والجمهور يمنعون بيع الديون ورهنها[36].

والمالكية يشترطون لجواز بيع الدين أن تكون النقود مقبوضة في الحال، أما إذا بيع الدين لغير المدين، فإنه يجب أن يباع بغير جنسه، فإن كان الدين نقوداً وجب بيعه بسلعة، أو بنقد يختلف عن الدين في جنسه، وعلى ذلك فإن بيع الورقة المالية التي تمثل ديناً في الذمة يخضع لهذه الأحكام[37].

وقد جاء نص المعايير الشرعية في المسألة موافقاً لرأي الجمهور[38].

"لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها ديوناً فقط إلا بمراعاة أحكام التصرف في الديون".

(34) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر. دار الكتب العلمية ط1-1411هـ/ ج2/ ص136. علاء الدين البخاري (المتوفى: 730هـ) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي. ج3/ ص535.

(35) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار 21 البند 19/3.

(36) السيوطي، الأشباه والنظائر (331/1)، وابن رجب الحنبلي، القواعد، ص55.

(37) التسولي: البهجة شرح التحفة، .تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ج2، ص14.

(38) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار 21 البند18/3.

ويشترط في جواز بيع الديون تبعاً للعيان والمنافع ألا يتخذ ذلك ذريعة لتصكيك الديون وتداولها بضم جزء من الأعيان والمنافع إلى الديون حيلة لتصكيك الدين.

وقد جاء في المعايير الشرعية بيان المستند الشرعي لهذه الأحكام نورده بنصه لأنه فيه غنى عن ذكر الأدلة الأخرى في المسألة.

"مستند جواز تداول سهم الشركات المشتملة على نقود أو ديون دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون ولو كانت أكثر من النصف هو أنها تابعة، ويغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها، لكن إذا كانت الأعيان والمنافع أقل من الثلث فإنه لا يجوز تداول الأسهم إلا بمراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، لأن الأعيان والمنافع في هذه الحالة قليلة فلا يمكن اعتبار الديون والنقود تابعة لها، فتكون مقصودة بالعقد أصالة فيشترط فيها الشروط التي تشترط فيها لو كانت مفردة.

ومستند جواز تداول أسهم الشركات المشتملة على ديون ونقود إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الأعيان والمنافع دون نظر إلى نسبة الديون والنقود هو ما يأتي:

حديث ابن عمر رضي الله عنهما (من ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)[39] فالحديث نص على جواز ذلك دون نظر إلى جنس الثمن، وعموم لفظ "مال" في الحديث يتناول جميع أمواله، نقداً كان أو ديناً أو عرضاً، قليلاً أو كثيراً، ويدل على أن كونه ديناً أو نقداً أو قليلاً أو كثيراً في مقابلة ثمن العبد غير معتد به في الحكم، لأنه حينئذٍ تابع غير مقصود بالعقد أصالة.

وقد روى الإمام مالك هذا الحديث في الموطأ ثم قال: "الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له، نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يُعلم أو لا يُعلم، وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً".

وحديث ابن عمر رضي الله عنهما "من ابتاع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"[40].

فالحديث يدل على جواز اشتراط المشترى للثمرة مطلقاً سواء بدا صلاحها أو لم يبدُ مع ثبوت النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها كما في حديث جابر رضي الله عنه "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه" لكن لما كانت الثمرة تابعة لأصلها وهو النخل اغتفر فيها ما لم يغتفر لو كانت مستقلة بالعقد.

---

(39) البخاري: الصحيح، كتاب المساقاة، رقم الحديث 2250، ومسلم: الصحيح، كتاب البيوع، رقم الحديث 1543.

(40) البخاري، الصحيح كتاب المساقاة رقم 2250.

ومستندها من القواعد الفقهية المقررة عند أهل العلم أن (التابع تابع) والناظر في هذه القواعد وما تفرع عنها من قواعد، وما بني عليها من فروع، يدرك أن هذه القواعد تفيد بمجموعها: أن التابع يتبع أصله، وأنه لا يفرد بحكم، وأنه يملك بملك أصله، وأنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في الأصول المتبوعة.

ومن المسائل التي فرعها أهل العلم على هذه القاعدة ما يأتي:

- تبعية ما لم يتم صلاحه من الثمر لما تم صلاحه، وإن كان الذي صلح من الثمرة قليلاً، قال في "كشاف القناع" ما نصه: "... وصلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها أي للشجر، وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد... وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له[41].

- بيع الدار المموه سقفها بالذهب بذهب أو بالفضة فضة وبيع السيف المحلى بالذهب بذهب وبيع اللبن بلبن، وذات صوف بصوف... الخ.

المبحث الرابع: في ضمان إصدار الأسهم و تقسيط قيمتها و إقراضها و رهنها و السلم فيها

المطلب الأول: ضمان الإصدار:

هو الاتفاق عند تأسيس شركة مع من يلتزم بضمان جميع الإصدار من الأسهم، أو جزء من ذلك الإصدار، وهو تعهد من الملتزم بالاكتتاب في كل ما تبقى مما لم يكتتب فيه غيره، وهذا لا مانع منه شرعاً، إذا كان تعهد الملتزم بالاكتتاب بالقيمة الإسمية بدون مقابل لقاء التعهد، ويجوز أن يحصل الملتزم على مقابل عن عمل يؤديه - غير الضمان - مثل إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم[42].

وقد قررت هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات الإسلامية جواز ضمان إصدار السهم إذا كان بلا مقابل لقاء الضمان، حيث نصت المعايير على أنه:

يجوز ضمان الإصدار إذا كان بلا مقابل لقاء الضمان، وهو الاتفاق عند تأسيس الشركة مع من يلتزم بشراء جميع الإصدار من الأسهم أو بشراء جزء من ذلك الإصدار، وهو تعهد من الملتزم بالاكتتاب بالقيمة الإسمية في كل ما تبقى مما لم يكتتب فيه غيره، ويجوز الحصول على مقابل عن العمل مثل إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم، سواء قام بهذه الأعمال المتعهد

---

(41) ابن قدامة، المغني، 156/6، والبهوتي: كشاف القناع، 287/3.

(42) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار 21 البند رقم 4/2 ص 296.

بالاكتتاب أو غيره إذا لم يكن هذا مقابلاً عن الضمان. وينظر المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة البند 4/2/1/4 [43].

والمستند الشرعي لهذا المعيار أن هذا الضمان تعهد لا يؤخذ منه مقابل، وهو أخذ العوض عنه، وقد صدر بشأن ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي. رقم:63 (7/1) بشأن ضمان الإصدار[44].

المطلب الثاني: تقسيط سداد قيمة السهم عند الاكتتاب

إن أداء قسط من قيمة السهم المكتتب فيه، وتأجيل سداد بقيمة الأقساط يعتبر من الاشتراك بما عجل دفعه، والتواعد على زيادة رأس المال، ولا يترتب على ذلك محذور لأن هذا يشمل جميع الأسهم، وتظل مسؤولية الشركة بكامل رأس مالها المعلن بالنسبة للغير، لأنه هو القدر الذي حصل العلم والرضا به من المتعاملين مع الشركة. وقد ورد في ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 63 (7/1) بشأن الأوراق المالية. وورد بشأن ذلك أيضاً نص في المعايير الشرعية[45]:

يجوز تقسيط قيمة السهم عند الاكتتاب بأداء قسط وتأجيل بقية الأقساط، شريطة أن يكون التقسيط شاملاً جميع الأسهم، وأن تبقى مسؤولية الشركة بقيمة الأسهم المكتتب بها. وينظر المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة البند 5/2/1/4.

المطلب الثالث: إقراض الأسهم ورهنها والسلم فيها

1- اقراض الأسهم

إن السهم إذا نظر إليه باعتبار التساوي وأنه يمثل حصة شائعة ومتساوية في شركة فهو مثلي. ولكن إذا اعتبر ما يمثله السهم من هذه الحصة الشائعة فهو قيمي، يعني من حيث أنه قد يرتفع وقد ينخفض وتجري فيه كل أنواع التبادل، باعتباره حصة شائعة في مال متعدد[46]. وبناء على هذا فإن قيمة السهم متغيرة. إضافة إلى أنه ولو على اعتبار السهم من المثليات بالنظر إلى ما تمثله تلك الأسهم من حصة شائعة في موجودات الشركة فإنه ليس بالمقدور وقت الرد رد مثلها وقت القرض بسبب التغير المستمر لموجودات الشركة. ولذلك فقد قررت هيئة المحاسبة والمراجعة[47]:

لا يجوز إقراض أسهم الشركات.

(43) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار 21 البند رقم 4/2 ص 296.

(44) قرارات مجمع الفقه الإسلامي، 63 (7/1).

(45) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار 21 البند رقم 5/2.

(46) عبد السلام العبادي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بحث الأوراق المالية في ميزان الشريعة، 63 (7/1).

(47) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، المعيار 21 البند 9/3.

2- رهن السهم

إن مقصود الرهن كما يقول ابن قدامة هو "الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن"[48]. فهل يجري الرهن على الأسهم، إن القاعدة الفقهية قررت أن كل ما يجوز بيعه يجوز رهنه[49]. وعليه فإنه يجوز رهن السهم بناء على جواز بيعه. وقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي قرار63 (7/1) بشأن الأوراق المالية:

"يجوز بيع السهم، أو رهنه مع مراعاة ما يقضي به نظام الشركة، كما لو تضمن النظام تسويغ البيع مطلقاً أو مشروطاً بمراعاة أولوية المساهمين القدامى في الشراء، وكذلك يعتبر النص في النظام على إمكان الرهن إذناً من الشركاء برهن الحصة المشاعة"[50]. وهو ما جاء في نص المعايير الشرعية[51]:

يجوز رهن الأسهم المباحة شرعاً، ولا فرق في ذلك بين أن تكون موجودات الشركة نقوداً أو أعياناً أو ديوناً، أو مشتملة على النقود والأعيان والديون، سواء أكان فيها صنف غالب، أو لم يكن. مع مراعاة شروط بيع الأسهم عند التسييل.

3- السلم في الأسهم

إن السلم إنما يكون في سلعة موصوفة في الذمة[52] ولا يجوز التعيين فيها فربما تلف المعين قبل أوان تسليمه. وأسهم الشركات معيّنة وليست ديناً، فليست محلاً لعقد السلَم، كما أنه لا يؤمن انقطاع أسهم الشركة، مما يحول دون تسليمها عند حلول الأجل. واختارت هيئة المحاسبة والمراجعة في نصوصها عدم جواز السلم في الأسهم[53].

لا يجوز السلم في الأسهم.

(48) ابن قدامة، عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ابو محمد، المغني، ج2/ص470.
(49) ابن قدامة، المغني، ج4، ص470.
(50) قرارات مجمع الفقه الإسلامي/63(7/1).
(51) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار21 البند 10/3.
(52) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج164/3، الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله، المنثور في القواعد. تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت. ط2، 1405.
(53) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار 21 البند 11/3.

المبحث الخامس: عمليات بيع الأسهم في الأسواق المالية الثانوية

وفيه مطلبان: المطلب الأول: طرق بيعها في السوق العاجلة، والمطلب الثاني: بيعها في السوق الآجلة. يتم تداول الأسهم في الأسواق المالية الثانوية بعدّة طرق:

1- بيوع عاجلة.

وهي ثلاثة أنواع:

أ. بيوع عاجلة عادية.

ب. عمليات الشراء بالهامش.

جـ البيوع القصيرة.

2- بيوع آجلة:

وهي على نوعين:

أ. البيوع الباتة القطعية (العقود المستقبلية).

ب. بيوع الخيارات.

المطلب الأول:في البيوع العاجلة:

أ. البيع بالهامش:

وبيع الهامش هو عبارة عن: دفع المشتري جزءاً من المال واقتراض جزء آخر منه من السمسار الذي يتعامل معه مقابل فائدة شهرية لشراء كمية أكبر من الأوراق المالية، ثم رهن هذه الأوراق المالية المشتراة لدى السمسار كضمان للقرض[54]. وكما يتضح فإن المشتري يقترض بفائدة ثابتة متفق عليها، وهذا من قبيل الربا، ولذا فإن هذه المعاملة محرّمة شرعاً.

وقد نصت هيئة المحاسبة[55] في المعايير الشرعية على عدم جواز هذا البيع:

لا يجوز شراء الأسهم بقرض ربوي من السمسار أو غيره (بيع الهامش) كما لا يجوز رهن السهم لذلك القرض. وينظر المعيار الشرعي رقم(12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة البند 6/2/1/4.

(54) شعبان البرواري، بورصة الأوراق المالية، ص188.

(55) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار 21 البند رقم 5/3.

ب. البيع القصير (البيع على المكشوف)

وفي البيع القصير يقوم البائع فيها ببيع السهم (الورقة المالية) قبل امتلاكها، ثم يشتريها عندما تنخفض قيمتها السوقية عن القيمة التي باعها بها. والغرض الأساسي من عمليات البيع القصير هو استغلال توقعات المضارب بأن الأسعار سوف تنخفض، وتحقيق ربح من هذا التوقع. وحكم هذا البيع هو عدم الجواز، لما يشتمل عليه من مخالفات شرعية كاشتماله على الفوائد، كما أن هذا العقد قائم على المغامرة[56]، ويتّضح من وصف هذا البيع أنّ المستثمر يبيع ما لا يملكه، وهذا بيع منهيّ عنه محرّم، وقد جاءت نص المعايير الشرعية بعدم جوازها:

لا يجوز بيع أسهم لا يملكها البائع (البيع القصير)، ولا أثر لتلقي وعد من السمسار بإقراضه إياها في موعد التسليم. وينظر المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة البند 7/2/1/4.

ويجوز لمشتري السهم أن يتصرف فيه بالبيع ونحوه إلى طرف آخر بعد تمام عملية البيع وانتقال الضمان إليه ولو لم يتم التسجيل النهائي له.

ويجوز للجهات الرسمية المختصة تنظيم تداول الأسهم بألا يتم إلا بواسطة سماسرة مخصوصين ومرخص لهم بذلك العمل، لتحقيق مصالح مشروعة. وينظر المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة البند 8/2/1/4.

المطلب الثاني: البيوع الآجلة:

أ- عقود المستقبليات على الأسهم:

تنتمي عقود المستقبليات إلى عقود المشتقات المالية، وهي عقود تعطي لحاملها الحق في شراء أو بيع كمية من أصل معين بسعر محدد مسبقاً، على أن يتم التسليم والتسلم في تاريخ لاحق في المستقبل[57].

ولا يجوز إجراء العقود المستقبلية على السلع، للأسباب الآتية:

لما فيها من تأجيل الثمن والمثمن، أي أنها بيع دين بدين مجمع على تحريمه.

ولأن غالب العقود المستقبلية تنتهي بالتسوية النقدية بين المتعاقدين، فإن كان ذلك مشروطاً بالعقد دخل العاقدان وكل منهما متردد بين الغنم والغرم وهذا من قبيل القمار المحرم[58].

(56) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار رقم(21) البنود 6/3، 7/3، 8/3.

(57) مبارك بن سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص922.

(58) المرجع السابق، ص944-953.

ثم إن البائع لا يملك الأسهم التي أبرم عليها العقد المستقبلي فهو بيع ما لا يملك وهو منهي عنه. وهذا ما نصت عليه المعايير الشرعية[59].

"لا يجوز إبرام عقود المستقبليات على الأسهم. وينظر المعيار الشرعي رقم (20) بشأن بيوع السلع في الأسواق المنظمة البند 1/5".

ب- عقود الاختيارات على الأسهم:

وعقود الاختيارات هي عقود تعطي لحامليها الحق في شراء أو بيع ورقة مالية في تاريخ لاحق، بسعر يحدد وقت التعاقد، على أن يكون لمشتري الاختيار الحق في التنفيذ من عدمه، وذلك في مقابل مكافأة يدفعها للبائع، والذي يطلق عليه محرر الاختيار[60].

أما حكم هذه العقود فهي محرمة.

لأنها عمليات يشوبها غرر فاحش، كما أن الشرط الذي تضمنه البيع من الشروط الفاسدة.

ولأنه لم يتم فيها التسليم والتسلم، ولأنها أقرب ما تكون إلى القمار، حيث يرتبط مشتري خيار البيع أو الشراء فيها بتقلبات الأسواق إما لفائدته أو ضده.

ولأن فيها بيع ما لا يملكه البائع[61].

وقد جاء نص المعايير الشرعية في المسألة موافقاً لهذا الرأي[62]:

"لا يجوز إبرام عقود الاختيارات على الأسهم، وينظر المعيار الشرعي رقم(30) بشأن بيوع السلع في الأسواق المنظمة البند 2/5".

جـ- عقود المبادلات على الأسهم أو عوائدها

عقد مبادلة عوائد الأسهم عبارة عن اتفاق بين طرفين على المقايضة في تاريخ لاحق لمعدّل العائد على سهم معيّن، أو مجموعة من الأسهم بمعدل العائد على سهم، أو أصل مالي آخر[63].
بمعنى أن العقد هو عقد مبادلة نقود بنقود بالتأجيل، يدخله عنصر الجهالة بمقدار النقود (العائد) عند التعاقد، حيث لا تعلم إلا عند المبادلة، بناء على ما يكون عليه معدل العائد على الأسهم في وقت المبادلة.

ومن ذلك يظهر كون العقد ربوياً، ربا فضل ونسيئة في حال اتحاد جنس العملة. وربا

(59) هيئة المحاسبة: المعايير الشرعية، المعيار 21 البند 62/3.
(60) د. مبارك آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية، ص1005.
(61)د. شعبان البرواري، بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي، ص236-237.
(62) هيئة المحاسبة: المعايير الشرعية، المعيار 21 البند13/3
(63) مبارك سليمان آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص1126.

نسيئة في حال اختلافها. كما أنه عقد أُجِّل فيه العوضان فهو بيع دين بدين، كما دخل هذا العقد جهالة وغرر. بالإضافة إلى أن المقصود من العقد ليس المعاوضة وإنما استحقاق الفرق بين معدل عائد كل سهم، فكان أحد العاقدين غانماً والآخر غارماً لا محالة وهو حقيقة القمار المحرم، وقد نصت المعايير الشرعية على تحريم هذه المعاملة[64] حيث جاء فيها: "لا يجوز إبرام عقود المبادلات المؤقتة على الأسهم أو عوائدها".

المبحث السادس: في السندات وحكم إصدارها

المطلب الأول: في تعريف السند

عرف السند بأنه: نوع من الأدوات المالية التي تصدرها الحكومات أو الشركات أو المؤسسات المالية وهي أوراق دين ويمثل السند أداة دين طويلة الأجل يعطي لحامله الحق في الحصول على القيمة الاسمية للسند في تاريخ الاستحقاق كما يعطي حامله الحق في معدل فائدة دوري يتمثل في نسبة مئوية من القيمة الاسمية[65].

عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية السند بكونه: ورقة مالية تصدرها المنشآت التجارية والحكومات، لتقترض بموجبها أموالاً لآجال طويلة مقابل فائدة ربوية تدفع لحاملها بصفة دورية، وقد تصدر بخصم من قيمتها الاسمية[66].

المطلب الثاني: حكم إصدار السندات

مما سبق من تعريفات يتضح لنا عنصر الفائدة الربوية الذي يقوم عليه السند فيجعله مخالفاً لأحكام الشرع وقد ورد عن الرسول ﷺ أنه قال: "كل قرض جر نفعاً فهو ربا"[67]. ولذا نص الفقهاء على تحريم جميع أنواع السندات[68]. ذلك أن السند ورقة مديونية على الشركة لمالك السند بفائدة مشروطة ففيه ربا الفضل وربا النسيئة.

كما نصت المعايير الشرعية على تحريمه حيث جاء فيها[69]:

(64) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار 21 البند رقم14/3.

(65) مقدمة في الأسواق المالية والنقدية، ص104.

(66) ملحق (ج) للمعيار الشرعي (21)/ ص308.

(67) سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز – مكة المكرمة، 1994/1414/ ج5/ ص350.

(68) انظر د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة. ج1/ ص526.
وعبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، ج227/2.
ومحمود شلتوت، الفتاوى. ص355.

(69) هيئة المحاسبة: المعايير الشرعية، المعيار رقم 21، البند رقم(4).

يحرم إصدار جميع أنواع السندات الربوية وهي التي تتضمن اشتراط رد المبلغ المقترض وزيادة على أي وجهٍ كان، سواء أدفعت هذه الزيادة عند سداد أصل القرض، أم دفعت على أقساط شهرية، أم سنوية، أم غير ذلك، وسواء أكانت هذه الزيادة تمثل نسبة من قيمة السند، كما في أغلب أنواع السندات، أم خصماً منها، كما في السندات ذات الكوبون (العائد) الصفري. وتحرم كذلك السندات ذات الجوائز، سواء أكانت السندات خاصة أم عامة أم حكومية.

وقرر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة السادسة المنعقدة في جدة في الفترة 14-1990/3/20:

1- إن السندات التي تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط فمحرمة شرعاً من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة، ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكاً استثمارية أو ادخارية أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.

2- تحريم أيضاً السندات ذات الجوائز باعتبارها قرضاً يجري بيعها أقل من قيمتها الاسمية ويستفيد أصحابها من الفروق باعتبارها خصماً لهذه السندات.

3- كما تحرم أيضاً السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضاً اشترط فيها نفع أو زيادة النسبة لمجموع المقرضين، أو لبعضهم لا على التعيين، فضلاً عن شبهة القمار.

المطلب الثالث: حكم تداول السندات والبديل الشرعي لها

وبناء على حكم تحريم إصدارها بسبب اشتمالها على الربا فإنه لا يجوز تناقل الزيادة الربوية من خلال تداول السند وعليه فقد نص في المعايير الشرعية على حرمة تداول السندات:

5- حكم تداول السندات

"لا يجوز تداول السندات الربوية بيعاً وشراء ورهناً وحوالة وغير ذلك".

البديل الشرعي للسندات

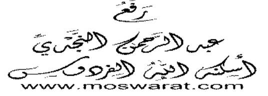
وضعت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية "صكوك الاستثمار" بديلاً عن السندات وذلك في البند:

"البديل الشرعي للسندات هو الصكوك الاستثمارية، وينظر المعيار الشرعي رقم(17) بشأن صكوك الاستثمار".

وقد عرفت المعايير الشرعية "صكوك الاستثمار" بأنها: "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله"[70]

وسنتناول هذا الموضوع بالتفصيل عند بحثنا للصكوك.

(70) المعايير الشرعية، المعيار (17)/ ص238.



مراجع الفصل السابع

1- آل سلمان، مبارك بن سليمان بن محمد، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 1426هـ.

2- ابن منظور، جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم (ت711هـ)، لسان العرب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.

3- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.

4- أحمد، أحمد محمد لطفي، معاملات البورصة بين النظم الوضعية والأحكام الشرعية، ط1، دار الفكر، الاسكندرية، 2006م.

5- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ.

6- الأمين، محمد الحسن، الخدمات المصرفية غير الاستثمارية وحكمها في الشريعة الغسلامية، جامعة أم القرى، 1408هـ.

7- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى، دار الفكر، بيروت،1402هـ.

8- البرواري، شعبان محمد، بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 2002م.

9- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، ط1، تحقيق محمد عبد القادر شاهين.

10- الجعيد، ستر بن ثواب، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، 1406هـ.

11- حسان، حسين حامد، بحث الأوراق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 75(16/1)

12- حماد، نزيه، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ط1، دار الفكر، دمشق، 2005م.

13- الحمصي، علي نديم، شركات المساهمة، ط1، مجد، بيروت، 2003م.

14- خروفة، علاء الدين، عقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط١، مؤسسة نوفل، بيروت، 1982م.

15- خليل، أحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1424هـ.

16- الخفيف، علي، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، ط، 1962م.

17- الخياط، عبد العزيز عزت، الشركات، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987م.

18- الخياط، عبد العزيز عزت، بحث الشركات في ضوء الإسلام من كتاب الإدارة المالية في الإسلام من إصدارات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية.
19- رضا، أحمد، معجم متن اللغة، د. ط، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1959م.
20- الزرري، عبد النافع عبد الله، الأسواق المالية، ط1، دار وائل للنشر، عمان،2001م.
21- الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله، المنثور في القواعد، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، طبعة وزارة الأوقاف بالكويت، ط2، 140٥هـ.
22- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ.
23- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ط٤، دار النفائس، عمان، 2001م.
24- الشريف، محمد عبد الغفار، أحكام السوق المالية، بحث محكم شرعي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد 18، ذو الحجة، 1412هـ.
25- شلتوت، محمود، كتاب الفتاوى.
26- طه، مصطفى كمال، أساسيات القانون التجاري، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، 2006-م.
27- عبد اللطيف، أحمد سعد، بورصة الأوراق المالية، د. ط، د. م، 1998م.
28- العبادي، عبد السلام، بحث الأوراق المالية في ميزان الشريعة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 63 (7/1).
29- العريني، محمد فريد، القانون التجاري، د. ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م.
30- العيادي، أحمد صبحي، أدوات الاستثمار الإسلامية، دار الفكر، عمان، ط1، 2010م.
31- العكيلي، عزيز، شرح القانون التجاري في الشركات التجارية، ط1، دار الثقافة، عمان، 1998م.
32- علاء الدين البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (ت730هـ) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ.
33- القرضاوي، يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، ط5، 1981م.
34- مسلم، صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، د. ط، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، د. ت.
35-موسى، محمد يوسف، الإسلام ومشكلاتنا الحاضرة، سلسلة الثقافة الإسلامية، 1958م.
36- هيكل عبد العزيز، فهمي، موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية، د. ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1986م.
37- هندي، منير إبراهيم، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، د. ت.
38- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، 1425هـ.

الفصل الثامن

معيار للأوراق التجارية

التمهيد: لمحة تاريخية عن نشأة الأوراق التجارية.

- المبحث الأول: في تعريف الأوراق التجارية وبيان أنواعها وخصائصها ووظائفها .وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الأوراق التجارية.

المطلب الثاني: أنواع الأوراق التجارية.

المطلب الثالث: خصائص الأوراق التجارية.

المطلب الرابع: وظائف الأوراق التجارية.

- المبحث الثاني: في طرق تداول الأوراق التجارية وضماناتها .وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في طرق تداول الأوراق التجارية.

المطلب الثاني: في ضمانات الأوراق التجارية.

- المبحث الثالث: في التكييف الفقهي للأوراق التجارية.وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في التكييف الفقهي للكمبيالة.

المطلب الثاني: في التكييف الفقهي للسند الإذني.

المطلب الثالث: في التكييف الفقهي للشيك.

- المبحث الرابع: في الأحكام الشرعية المتعلقة بالأوراق التجارية.وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم التعامل بالأوراق التجارية.

المطلب الثاني: حكم تحصيل الأوراق التجارية.

المطلب الثالث: حكم خصم الأوراق التجارية.

المطلب الرابع: قبول الوفاء بقيمة الأوراق التجارية.

تمهيد: لمحة تاريخية عن الأوراق التجارية

ابتكر الإنسان النقود، كأول مقياس للقيمة، ومستودع للثروة؛ فأسهمت في تيسير العمليات التجارية. وظلّت تؤدي دورها، كأداة للمبادلة، إلى أن أصبحت عاجزة عن القيام بهذا الدور بمفردها، على الوجه الأكمل، فظهرت الأوراق التجارية لتقوم مقام النقود في الوفاء.

والمعاملات التجارية غالباً ما تكون مضافة إلى أجل. واحتفاظ كل تاجر بنقوده في خزائنه، حتى يوفي ما عليه من ديون، في مواعيد استحقاقها يؤدي إلى تعطيلها عن الاستثمار.

كما أحس التجّار بضرورة البحث عن وسيلة، تحقق لهم الأمان، في مواجهة أخطار السرقة والضياع، لتمكنهم من الوفاء بالتزاماتهم، من دون تعطيل النقود عن الاستثمار؛ فكانت الأوراق التجارية، لتحقق عملية التبادل الآجل بين التجار؛ وتضمن للدائن الذي مَنَحَ مدينه أجلاً، أن يحصل على حقوقه في صورة ورقة تجارية؛ تنتقل من دائن إلى آخر، حتى إذا حل ميعاد استحقاقها، تقدم حاملها، الدائن الأخير، إلى المدين الأصلي، مطالباً إياه بالوفاء بتقديمها نقداً، وبذلك تُسوّى عدة علاقات، دائنة ومدينة، من دون الدفع نقداً، إلاّ مرة واحدة[1].

وقد ظهرت صورة للأوراق التجارية في القرن الثالث عشر وعرفت بالسفتجة[2]، تقتصر على دور واحد هو تسهيل تنفيذ عقود الصرف.

وهكذا، كان للعُرف، والبيئة التجارية الفضل في إيجاد الأوراق التجارية. ثم سُنَّت القوانين التي تنظِّمها، وتحمي التعامل بها. وكانت بدايتها في أوروبا، في القرن السابع عشر، حيث صدرت الأحكام المتعلقة بذلك، في روتردام، عام 1635، وفي فرنسا، عام 1673؛ ثم في هامبورج، عام 1711؛ ثم تبعها في ذلك باقي دول أوروبا والعالم[3].

ولما كانت القواعد والقوانين التي تحكم الورقة التجارية تتسم بالاختلاف والتنازع؛ الأمر الذي اقتضى توحيدها، ليخضع تداول الأوراق التجارية لقواعد موحدة

ولقد بذل فقهاء القانون التجاري جهوداً كبيرة، في سبيل توحيدها فعقدت عدة مؤتمرات لهذا الغرض منها مؤتمر لاهاي، عام 1910، وآخر في لاهاي عام 1912؛ أمكن التوصل خلاله إلى اتفاق مبدئي على مشروع معاهدة ومشروع قانون موحد للكمبيالة والسند الإذني.

ثم عقد مؤتمر في جنيف، سنة 1930، وانتهى إلى توقيع ثلاث معاهدات:

المعاهدة الأولى: اشتملت على قانون الكمبيالات والسندات الإذنية.

(1) د. صلاح الدين الناهي: المبسوط في الأوراق التجارية، ص23.

(2) السفتجة: الكتاب الذي يرسله المقترض لوكيله ببلد، ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده، ليستفيد به المقرض سقوط خطر الطريق. وهو فارسي معرب تجمع على سفاتج. ومفردها سفتجة. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، ص173.

(3) د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، ص23.

المعاهدة الثانية: تضمنت حلولاً لتنازع القوانين، في بعض مسائل الكمبيالات والسندات الإذنية.

المعاهدة الثالثة: تتعلق بضريبة الختم (الدمغة) على الكمبيالات والسندات الإذنية.

ثم عقد مؤتمر آخر، في جنيف عام1931، لوضع قانون موحد للشيكات انتهى بتوقيع اتفاقيات ومعاهدات مماثلة للتي تمت في مؤتمر جنيف عام 1930 وأخذت كثير من الدول بهذه المعاهدات في تشريعاتها[4].

ومن الجدير بالذكر أن أصول هذه الأوراق التجارية، قد كانت معروفة لدى المسلمين؛ فالمسلمون عرفوا التعامل بما عرف بالسفاتج، فقد روي عن ابن عباس أنه كان يأخذ الورق من التُجار بمكة، على أن يكتب لهم بها إلى الكوفة[5]، وكان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم، ويكتب لهم بها إلى مصعب[6]. فمثل هذه الرقاع التي يكتبون فيها تشبه في أصولها هذه الأوراق التجارية.

وجاء في صحيح مسلم أن صكوكاً خرجت للناس في زمن مروان بن الحكم، يكتب فيها مقدار الطعام، يعني يكتب فيها بأن فلاناً يستحق كذا من الطعام، فتبايعها الناس قبل أن يستوفوها، أي ما تمثله من طعام، فدخل أبو هريرة على مروان بن الحكم فقال: أحللت بيع الربا؟ فقال: مروان ما فعلت! فقال أبو هريرة: أحللت بيع الصكاك[7]، وقد نهى رسول الله

(4) د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، ص24.

(5) الألباني: محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 177/5.

(6) انظر: المصدر السابق، 177/5.

(7) الصكُّ الكِتَابُ الذي يُكتب في المُعاملات والأقارير وجمعه صُكوك وأصُكّ وصكاك مثل بَحر وبُحُور وأبْحُر وبحار، وصك الرجُل للمشتري صكًا من باب قتل إذا كتب الصكّ، ويقال: هو مُعرَّبٌ وكانت الأوراق تكتب صكاكاً فتخرج مكتوبة فتباع فنهي عن شراء الصكاك، وصكّه صكًا إذا ضرب قفاه ووجهه بيده، وصك الباب أطبقه، والصكك أن تصطك الركبتان، وهو مصدر من باب تعب فالذكر أصك والأنثى صكاء. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت، مادة (ص ك ك)، 345/1.

وقال النووي في شرحه على مسلم: "الصكاك جمع صك وهو الورقة المكتوبة بدين ويجمع أيضاً على صكوك، والمراد هنا الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه، بأن يكتب فيها للإنسان كذا وكذا من طعام او غيره فيبيع صاحبها ذلك للإنسان قبل أن يقبضه. وقد اختلف العلماء في ذلك؛ والأصح عند أصحابنا وغيرهم جواز بيعها؛ والثاني منعها، فمن منعها اخذ بظاهر قول أبي هريرة وبحجته، ومن اجازها تأول قضية أبي هريرة على أن المشتري ممن خرج له الصك باعه لثالث، قبل أن يقبضه المشتري فكان النهي عن البيع الثاني لا عن الأول، لان الذي خرجت له مالك لذلك ملكاً مستقراً، وليس هو بمشتر فلا يمتنع بيعه قبل القبض، كما لا يمتنع بيعه ما ورثه قبل قبضه، قال القاضي عياض بعد أن تاوله على نحو ما ذكرته: وكانوا يتبايعونها ثم يبيعها المشترون قبل قبضها فنهوا عن ذلك، قال: فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه، وقال: لا تبع طعاماً ابتعه حتى تستوفيه. انتهى هذا تمام الحديث في الموطأ. وكذا جاء الحديث مفسراً في الموطأ ان صكوكاً خرجت للناس في زمن مروان بطعام فتبايع الناس تلك الصكوك قبل أن يستوفوها، وفي الموطأ ما هو أبين من هذا، وهو أن حكيم بن حزام ابتاع طعاماً أمر به عمر بن الخطاب رضي الله عنه فباع حكيم الطعام الذي اشتراه قبل قبضه والله أعلم. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1392، 171/10.

صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يُستوفى. قال فخطب مروان الناس فنهى عن بيعها. قال سليمان بن اليسار[8]، التابعي الجليل، الراوي عن أبي هريرة هذا الحديث: فنظرت إلى حرس يأخذونها من أيدي الناس[9].

وقد كانت الدولة في ذلك الوقت تدفع هذه الصكوك لجنودها وعمالها في مقابل رواتبهم المستحقة لهم، وكان بعض الناس يتبايع تلك الصكوك قبل قبض الطعام، فكان إنكار زيد بن ثابت وأبي هريرة لأجل هذا، لا لأجل كتابة تلك الصكوك، وإنما لأجل تبايعها قبل الاستيفاء وقبل قبض الطعام[10].

(8) تابعي جليل وهو راوي هذا الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(9) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، 1162/3، رقم الحديث1528.

(10) مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، 641/2، رقم الحديث 1314.

المبحث الأول: الأوراق التجارية: تعريفها، أنواعها، خصائصها، ووظائفها

المطلب الأول: تعريف الأوراق التجارية:

الأوراق التجارية: صكوك مكتوبة بشكل قانوني محدد تتضمن التزاماً بدفع مبلغ محدد من النقود في وقت معين أو قابل للتعيين ويمكن نقل الحق الثابت فيها بطرق التظهير أو المناولة[11].

وقد عرفتها المعايير الشرعية بأنها "صكوك قابلة للتداول، تمثل حقاً نقدياً، وتستحق الدفع لدى الاطلاع أو بعد أجل قصير ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء، وتقوم مقام النقود في المعاملات"[12].

المطلب الثاني: أنواع الأوراق التجارية:

تقتصر الأوراق التجارية التي نظمها قانون جنيف الموحد الصادر عام 1931 على ثلاثة أنواع:

1- **الكمبيالة**: كلمة إيطالية ويعرفها علماء الاقتصاد بأنها "صك يحرر وفقاً لشكل قانوني محدد، يتضمن أمراً صادراً من شخص يسمى الساحب موجهاً إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود لدى الاطلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد[13].

ومن التعريف يظهر أن أطراف الكمبيالة ثلاثة:

- **الساحب**: وهو الشخص الذي يحرر الكمبيالة وينشئها وغالباً ما يكون الساحب دائناً للمسحوب عليه بمبلغ من النقود مستحق الوفاء في معياد الاستحقاق المذكور في الكمبيالة.
- **المسحوب عليه**: وهو الذي يوجه إليه الساحب الأمر بدفع المبلغ المدون في الكمبيالة.
- **المستفيد**: وهو من يتسلم مبلغ الكمبيالة وقد يكون المستفيد والساحب شخصاً واحداً.

والكمبيالة أداة ائتمان ووفاء، لأنها تسري على الحقوق الآجلة بينما يعتبر الشيك أداة وفاء فقط والكمبيالة ورقة تجارية بطبيعتها، فيخضع المتعاملون بها لقواعد القانون التجاري، مهما كانت طبيعة المتعاملين بها[14].

---

(11) د. ستر بن ثواب الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص198.

(12) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار16، ملحق ج، ص233.

(13) د. ستر بن ثواب الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص200، ود. احمد العيادي، أدوات الاستثمار الإسلامية، ص91. ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص240، وانظر هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية ملحق ج، ص233.

(14) علي حسن يونس، الأوراق التجارية، ص6.

وفيما يلي نموذج للكمبيالة:

عمان في .... مبلغ ....
إلى السيد
....
بعد انقضاء 5 شهور من تاريخه (أو في ....)
ادفعوا لأمرنا أو السيد أو لحامله
....
مبلغاً رقدره .... دينار أردني، والقيمة وصلتنا نقداً أو بضاعة أو حساباً.
إمضاء المسحوب عليه   إمضاء الساحب

2- **السند الإذني أو السند لأمر**: ويعرف بأنه "صك يتعهد بموجبه محرره بأن يقوم بدفع مبلغ معين من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع إلى شخص آخر يسمى المستفيد"[15].

فالسند الإذني يتضمن طرفين:

الأول: المدين: وهو الذي تعهد بدفع المبلغ المحرر في تاريخ معين.

الثاني: الدائن: وهو حامل السند الذي يستحق المبلغ.

والسند أداة وفاء وائتمان مثل الكمبيالة إلا أنه يكون بين طرفين لا ثلاثة هما المدين الذي تعهد بالدفع وهو المنشئ للسند، والدائن وهو المستفيد، ويطبق على السند الأدنى أحكام القانون التجاري إذا حرره تاجر أو تم تحريره بمناسبة تجارية كالكمبيالة وبخلاف ذلك يكون الالتزام فيه مدنياً[16].

وهذا نموذج للسند الإذني:

(15) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار16 ملحق ج، ص233. وانظر الزعتري، علاء الدين، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها، ص402.

(16) د. مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، ص٥١، ود. عكيلي، عزيز، الأوراق التجارية ص10، والزعتري، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها، ص403.

عمان في .... مبلغ ....
بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخه
أتعهد بأن أدفع لأمر السيد
....
مبلغاً وقدره .... دينار أردني، والقيمة وصلتنا بضاعة (أو نقداً)
إمضاء المتعهد

3- **الشيك**: أصل هذه الكلمة هي "الصك" والتي تعني وثيقة مكتوبة وهي فارسية معربة.

وفي الاصطلاح: صك يتعهد بموجبه محرره بأن يقوم بدفع مبلغ معين في تاريخ معين أو قابل للتعيين، أو بمجرد الاطلاع إلى شخص آخر يسمى (المستفيد)(17).

ومن التعريف يتضح أن الشيك يشبه الكمبيالة من حيث أطرافه فهو يتضمن ثلاثة أطراف:

الأول: الساحب: وهو الذي يصدر الشيك ويوقعه.

الثاني: المسحوب عليه: وهو الطرف الموجه إليه الشيك، وغالباً ما يكون البنك.

الثالث: المستفيد: وهو الشخص الذي يدفع له مبلغ الشيك.

- والشيكات عدة أنواع وأشكال منها:
- **الشيك المصرفي (المعتمد)**: وهو صك يحرره المصرف المسحوب عليه ويعتمد بموجبه دفع قيمة الصك المحول لطرف ثالث(18).
- **الشيك المصدق**: صك يحرر وفق شكل الشيك العادي ويتميز بوجود كلمة مصدق أو مقبول أو ما يدل على ذلك على صدر الشيك مع التاريخ وعنوان المصرف المسحوب عليه وتوقيع الموظف المصدق، ويكون المصرف المسحوب عليه قد صادق بموجب ذلك على صحة توقيع الساحب ووجود رصيد كاف في حسابه للوفاء بقيمة ذلك الشيك للمستفيد(19).
- **الشيك السياحي**: أداة دفع مالية عالمية القبول، يصدر عن مؤسسات مالية بفئات متفاوتة، ويلتزم مصدره بالوفاء بقيمته لقابله بعد مطابقة توقيع حامله لتوقيعه المدون على الشيك.
- **الشيك المسطر**: هو شيك شخصي يتميز بوجود خطين متوازيين على صدر الشيك لإلزام البنك المسحوب عليه بعدم الوفاء بقيمة ذلك الشيك إلا لأحد عملائه، أو إلى بنك آخر.

(17) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، المعيار 16، ملحق ج، ص233.
(18) المرجع السابق.
(19) المرجع السابق.

- **الشيك المقيد في الحساب:** هو شيك يحرر وفق الشكل العادي للشيك، يضيف إليه الساحب أو الحامل عبارة تفيد عدم جواز الوفاء بقيمته نقداً بل عن طريق القيود الكتابية.
- **شيكات التمويلات المصرفية:** وهي شيكات تحرر من قبل المؤسسة عندما يتقدم إليها أحد يريد نقل نقوده بشيكات عن طريق تلك المؤسسة إلى موطن آخر ليأخذها هو أو وكيله أو أي شخص آخر يريد أن يوصلها إليه في ذلك الموطن[20].

ويختلف الشيك عن الكمبيالة في أنه لا يسحب إلا على البنك أو مؤسسة مصرفية فهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعمليات البنوك كما أنه دائماً مستحق الدفع لدى الاطلاع. وهو أداة وفاء فقط بينما الأوراق التجارية الأخرى أداة وفاء وأداة ائتمان عندما تكون مضافة إلى أجل. وكتابة الشيك بتاريخ مؤجل مخالفة للأصول القانونية المرعية، ولذلك فإن الشيك يجب أن يكون له مقابل نقدي للوفاء وقت إصداره، بعكس الكمبيالة التي يكون الوفاء بما فيها وقت الاستحقاق.

والشيك هو الورقة التجارية الشائعة والتي يتعامل بها من قبل الأفراد، وأما الكمبيالة فيتم التعامل بها من الأفراد ولكن بصورة أقل من الشيك[21].

المطلب الثالث: خصائص الأوراق التجارية:-

من التعريفات السابقة لأنواع الأوراق التجارية يمكن استخلاص خصائصها وإيجازها فيما يلي:

1- من حيث الشكل:

لما كانت الأوراق التجارية صكوكاً مكتوبة فقد أوجبت قوانين الدول أن تكون الورقة التجارية صكاً مكتوباً على شكل معين تحدد فيه البيانات التي تمثل الحد الأدنى مما يجب أن تشتمل عليه كل ورقة تجارية وكل واحدة من الأوراق التجارية يختلف شكلها عن الأخرى باختلاف أنواعها (كمبيالة، أو سند إذني، أو شيك) ويقصد من هذه الشكلية تسهيل تداولها. ولتكون كافية بذاتها لتقرير الالتزام وتحديده. وبذلك يُعفى من سيتلقى الورقة مشقة البحث والاستقصاء، فما عليه إلا أن يتأكد أنها اشتملت على جميع البيانات اللازمة لقيمتها بمجرد إلقاء نظرة عاجلة عليها...[22]

---

(20) لمزيد من الاطلاع انظر التعريفات السابقة لأنواع الشيكات: هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، ص233-234.

(21) د. مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، ص240، ود. عبد الرزاق الهيتي: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص314-215. وانظر هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار رقم16، ص233.

(22)د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، ص18.

2- من حيث الموضوع:

تمثل الورقة حقاً نقدياً لمبلغ معين، فتقوم الأوراق التجارية بوظيفة النقود في الوفاء بالالتزامات وأداء الديون، لذلك فإن الصكوك التي يكون موضوعها بضاعة مثل سندات الشحن والتخزين لا تُعَدّ أوراقاً تجارية، لأن حاملها لا يطمئن إلى الحصول على مبلغ معين من النقود في تاريخ محدد، ولأنه ربما لا يجد مشترٍ للبضاعة، وإن وجد فربما لا يدفع الثمن الذي يتوقعه البائع عند شراء البضاعة. كل هذا بخلاف الأوراق التجارية التي توفر له الطمأنينة بالحصول على المبلغ المعين في ميعاد الاستحقاق أو بمجرد الاطلاع(23).

3- من حيث التداول وحماية الدائن:

تقوم الأوراق التجارية مقام النقود في المعاملات، فهي محاطة بالضمانات التي تجعل الأفراد يطمئنون إلى قبولها في تعاملهم كوسيلة وفاء، فإذا كانت الورقة التجارية لحاملها، فإن الحق الثابت فيها ينتقل إلى الدائن الجديد بمجرد المناولة أو تسليم الورقة. وإذا كانت الورقة لإذن (السند لإذن أو لأمر) فإن الحق الثابت فيها ينتقل إلى المظهر إليه بمجرد كتابة مختصرة على ظهر المحرر.

كما أن الورقة التجارية تستخدم كوسيلة للائتمان من طريق تسيلها وتحصيل قيمتها نقداً قبل حلول ميعاد استحقاقها ويعرف هذا بخصم الأوراق التجارية(24).

4- من حيث الاستحقاق:

يستحق الحق الثابت بالورقة التجارية بمجرد الاطلاع أو بعد فترة محددة من تاريخ تحريرها (مضافة إلى أجل) وغالباً ما يكون الأجل قصيراً، بعكس السندات التي تستحق الدفع بعد أجل طويل غالباً(25).

المطلب الرابع: وظائف الأوراق التجارية

تقوم الأوراق التجارية بالوظائف الآتية:

1- أداة لتنفيذ عقد الصرف ونقل النقود من مكان إلى آخر:

وذلك أن الناس يحتاجون إلى نقل النقود من مكان لمكان لأغراض تجارية وذلك مما يعرضهم لمخاطر عدة كالسرقة أثناء الطريق، فاستخدام الأوراق التجارية يحميهم من هذه المخاطر(26).

---

(23) المرجع السابق، ص9، 10، ود. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، ص165.

(24)د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، ص8.

(25) د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، ص10.

2- الأوراق التجارية أداة وفاء للديون:

الورقة التجارية تقبل التداول بالتظهير – أو المناولة في بعض أنواعها –، فيحصل الوفاء لمن حاز الورقة التجارية بإحدى ثلاثة طرق:

- احتفاظه بالورقة التجارية إلى حين يحل موعدها ومن ثم تقديمها للمسحوب عليه ليقوم بالسداد.
- أن ينقلها للغير بالتظهير – أو المناولة – وبذلك يكون قد قضى التزاماً عليه للغير بهذا النقل.
- أن يقدمها للمصرف – المسحوب عليه – ليقوم باستلام قيمتها فوراً عن طريقة عملية الخصم.

مع العلم أن أداء الأوراق التجارية لهذه الوظيفة ليس على إطلاقه، وإنما هي وسيلة إضافية تضاف إلى وسيلة الوفاء الأساسية وهي النقود، وذلك أن محرر الورقة التجارية وإن كان انقضى عنه الالتزام في الظاهر إلا أن ذلك مقيد بحصول الوفاء من الجهة المسحوب عليها الورقة التجارية، فإن حصل الوفاء انقضى الالتزام وإلا بقيت المطالبة قائمة[27].

3- الأوراق التجارية أداة ائتمان:

وذلك أن الورقة التجارية تحرر إلى أجل قصير يساعد على انتشار التجارة، فأغلب المعاملات التجارية تقوم على الثقة، والتجار بحاجة إلى شيء من الوقت حتى يستطيعوا التصرف فيما لديهم من البضائع[28].

---

(26) د. محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة، ص240، ود. ستر بن ثواب الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي ص207-209.

(27) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، ص19-20. د. صلاح الدين الناهي: المبسوط في الأوراق التجارية، ص21.

المبحث الثاني: طرق تداول الأوراق التجارية و ضماناتها

المطلب الأول: طرق تداول الأوراق التجارية

هناك طريقتان لتداول الأوراق التجارية: التسليم والتظهير:

1- **التداول بالتسليم**: وهي تسري على الأوراق التجارية التي لحاملها سواء كانت كمبيالة أو سنداً أو شيكاً، ولكن هذا النوع من الأوراق قليل التداول لأنه عرضة للسرقة والضياع، والضمان فيهما متعلق بالساحب والمسحوب عليه فقط إذ لا يعرف غيرهما[29].

2- **التظهير**: وقد عرفته هيئة المعايير الشرعية: "تصرف قانوني تنتقل بموجبه ملكية الورقة التجارية من شخص (يسمى المظهر) إلى شخص آخر (يسمى المظهر إليه)، أو يحصل به توكيل في استيفائها، أو رهنها، بعبارة تفيد ذلك"[30].

ومن التعريف يظهر أن التظهير ثلاثة أنواع:

أ- **التظهير الناقل للملكية**: والمراد منه نقل ملكية الورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه، ويسري هذا على جميع أنواع الأوراق التجارية بشرط أن تشتمل على شرط الأمر أو الإذن.

ب- **التظهير التوكيلي**: والمراد منه توكيل من ظهرت إليه الورقة التجارية ليكون نائباً عن المظهر يستوفي ما تضمنته من حق في موعد الوفاء.

جـ- **التظهير التاميني "تظهير الرهن"**: والمراد منه رهن الحق الثابت بالورقة التجارية لدى المظهر إليه نتيجة دين له تجاه المظهر[31].

المطلب الثاني: ضمانات الأوراق التجارية:

تحقق الضمانات بأمر واحد أو أكثر من الأمور التالية:-

1- **القبول المصرفي (قبول الأوراق التجارية):**

عرفت المعايير الشرعية القبول المصرفي (قبول الوفاء) بأنه: "تعهد المسحوب عليه بدفع قيمة الكمبيالة لحاملها الشرعي في ميعاد الاستحقاق".

فعملية القبول هي قيام المصرف بدور المسحوب عليه فيقبل بهذه الصفة الورقة التجارية (شيكاً، كمبيالة، سنداً إذنياً) التي يسحبها عليه عميله أو الطرف الآخر الذي يتعامل معه العميل، حيث يلتزم المصرف القابل بدفع قيمة الورقة التجارية التي تحمل توقيعه عند حلول أجل استحقاقها وتعمل هذه الخدمة على إكساب الورقة المقبولة قوة ضمان تيسر ضمانها

(28) د. صلاح الدين الناهي: المبسوط في الأوراق التجارية، ص20.

(29) د. ستر بن ثواب الجعيد، احكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص220-225.

(30) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، ملحق ج، ص234.

وخصمها لدى المصارف الأخرى، وتدعم مركزها كوسيلة للتسويات النقدية وسداد الحقوق، كما تهيء للعميل فرصة الحصول على ما يحتاج إليه من مال.

ويختلف قبول الكمبيالات والسند الإذني عن قبول الشيك، فقبول المصرف للشيك تسهيلاً لتداوله يعتبر تأكيداً لوجود مقابل الشيك تحت يده، وتعهده بالاحتفاظ بهذا المقابل تحت تصرف المستفيد، وقبوله حوالة المستفيد عليه، أما قبول المصرف للكمبيالات والسندات الإذنية فلا يعني تأكيد وجود مقابل للوفاء تحت يده، وإنما هو تعهد منه وضمان بأداء الدين في موعد استحقاقه[32].

ما يترتب على القبول من التزامات:

يترتب على قبول الأوراق التجارية التزامات في ذمة كل من المصرف وعميله، أما المصرف: فيلتزم ويتعهد بأن يقبل الورقة المسحوبة عليه من العميل أو ممن يعينه العميل متى توافرت الشروط المتفق عليها من حيث حدود المدة والمبلغ بحيث يصبح المصرف مديناً أصيلاً في مواجهة المستفيد من الورقة التجارية.

وأما العميل: فيلتزم بالوفاء بقيمة الورقة التجارية المقبولة للمصرف قبل حلول الأجل سواء بالدفع نقداً أو من حسابه الجاري، وقد يضطر المصرف للسداد لعدم وفاء العميل بالتزامه في موعد الاستحقاق، ومن ثم يعتبر المبلغ الذي قام المصرف بسداده قرضاً على عميله – طالب القبول – يأخذ عليه المصرف فائدة ربوية – بحسب القوانين التجارية في البنوك الربوية –.

كما يلتزم العميل بدفع العمولة التي يتفق عليها، وهذه العمولة هي في مقابل استخدام سمعة المصرف واسمه وغالباً ما تكون العمولة نسبة معينة من مبلغ الورقة التجارية المقبولة ويراعى في تحديدها ما قد يتعرض له المصرف من أخطار.

ويستخدم الاعتماد بالقبول كثيراً في التجارة الخارجية وخاصة في الاعتمادات المستندية، ويلجأ العميل إلى هذه العملية لأنها لا تكلفه ما يكلفه الاقتراض من المصرف نقداً[33].

وقد جاء في المعايير الشرعية: يعتبر قبول الوفاء بقيمة الورقة التجارية تعهداً والتزاماً من قبل المسحوب عليه بوفاء الدين الذي تمثله الورقة التجارية لحاملها في موعد الاستحقاق، وهذا التعهد والالتزام يجب الوفاء به شرعاً[34].

2- تضامن الموقعين على الورقة التجارية

وهذا الضمان يعني أن من حرر الورقة التجارية ومن وجهت إليه إذا وقع عليها بالقبول

(31) د. ستر بن ثواب الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص220-225.

(32) د. ستر بن ثواب الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص226-230.

(33) المرجع السابق، ص220-225.

(34) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، ص227.

ومن انتقلت إليه بطريق التظهير مسؤولون كلهم أمام حامل الورقة التجارية بالوفاء بالتضامن.

فيحق لطالب الورقة التجارية أن يطالب جميع الموقعين على الورقة التجارية، أما من يقوم بالوفاء عند توجه المطالبة إليه فرجوعه على الآخرين يتم باختياره لمن أراد منهم، بشرط أن يكون من السابقين له لا اللاحقين له، ولا يحق لمن توجهت له المطالبة أن يحتج بتقسيم الدين على المتضامنين والسبب في ذلك أن كل توقيع يعتبر كالعقد المستقل.

وقد جاء في المعايير الشرعية: "يعتبر جميع الموقعين على الورقة من الساحب والمظهر والكفيل ملتزمين بالتضامن بوفاء قيمتها لحاملها بحسب شروط التضامن، فيحق الرجوع عليهم منفردين أو مجتمعين بعد مطالبة المسحوب عليه (أو المحرر في السند لأمر) وامتناعه عن الوفاء[35].

3- الضمانات العينية

إذا اشترط حامل الورقة التجارية تأكيداً لضمان حقه فيها ضمانات عينية، فإنها تعتبر رهناً ويترتب عليها ما يترتب على الرهن من أحكام[36].

أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بين الأوراق التجارية[37]:

1- يتفق الشيك والكمبيالة في أن كلاً منهما له ثلاثة أطراف: الساحب والمسحوب عليه والمستفيد، في حين أن السند الإذني ثنائي الأطراف: المحرر والمستفيد.

2- تتفق الكمبيالة مع السند الإذني في أن كلاً منهما واجب الدفع بعد أجل معين أما الشيك فهو أمر بالدفع في الحال.

3- المسحوب عليه في الشيك عادة هو مصرف العميل الساحب، في حين أن المسحوب عليه في الكمبيالة قد يكون المصرف وقد يكون غيره.

4- الشيك يشتمل على تاريخ تحرير واحد، ويستحق الدفع بمجرد الاطلاع، بينما الكمبيالة تشتمل على تاريخين تاريخ التحرير وتاريخ الوفاء ومثلها السند الإذني.

5- الشيك والسند الإذني يعتبران تجاريان إذا حررهما تاجر أو حررا لمناسبة تجارية وبخلاف ذلك يكون الالتزام فيهما مدنياً لا تجارياً، بخلاف الكمبيالة التي يعتبر الالتزام بها عملاً تجارياً مطلقاً.

6- الكمبيالة والسند الإذني كل واحد منهما يعتبر أداة وفاء وأداة ائتمان بينما الشيك أداة وفاء فقط.

(35) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، ص227.

(36) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، ص227.

(37) د. ستر بن ثواب الجعيد، احكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص209-210. ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص240.

المبحث الثالث: في التكييف الفقهي للأوراق التجارية وأحكامها

المطلب الأول: التكييف الفقهي للكمبيالة

للكمبيالة ثلاث حالات لها أثر في التكييف الفقهي لها.

الحالة الأولى: أن يكون المسحوب عليه - المصرف غالباً - مديناً للساحب، ويكون من حق حامل الكمبيالة أن يرجع على الساحب فيطالبه بالدين إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء.

الحالة الثانية: أن لا يكون المسحوب عليه مديناً للساحب، مع قبول المسحوب عليه الكمبيالة.

الحالة الثالثة: أن لا يكون المسحوب عليه مديناً للساحب، ولم يقبل المسحوب عليه الكمبيالة.

ولبيان التكييف الفقهي للكمبيالة في الحالات السابقة تعددت الآراء.

فمنهم من جعلها حوالة أو سفتجة باعتبار أن السفتجة حوالة.

ومنهم من جعلها حوالة في حال ووكالة في حال أخرى.

ومنهم من جعلها أمراً بالأداء باعتبار أن ذلك أمراً عاماً يمكن معه حمل الكمبيالة على الحوالة أو الوكالة أو غيرها بحسب صورها المختلفة.

ومنهم من جعلها حوالة في حال، ووكالة بالاقتراض في حال أخرى.

ولبيان هذه الآراء ومستندها الشرعي فإنه يحسن أن نبين آراء الفقهاء في المسائل ذات العلاقة بالتكييفات السابقة وهي:

- الحوالة على من لا دين عليه للمحيل.
- رضا المحال عليه بالحوالة.
- الحوالة مع اشتراط ضمان المحيل.
- السفتجة.

- **المسألة الأولى: حكم الحوالة على من لا دين عليه للمحيل**

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

ذهب الحنفية إلى جواز الإحالة على من لا دين عليه للمحيل وتعرف عندهم بالحوالة المطلقة[38].

---

(38) ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 269/6، وابن عابدين: الحاشية 349/5، والكاساني: بدائع الصنائع، 16/6.

فالحوالة عندهم نوعان:

حوالة مطلقة: بأن يحيل بالدين على فلان، سواء كان له دين على المحال عليه أو ليس له دين على المحال عليه وقبلها المحال عليه متبرعاً.

وحوالة مقيدة: بأن يحيل بالدين على فلان ويقيدها بمالَهُ من دين أو وديعة عند المحال عليه فالمحال عليه ليس متبرعاً لأنه مدين للمحيل والحوالة بكل من النوعين جائزة[39].

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنها لا تنعقد حوالة في هذه الحال، لأنه يشترط عندهم أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل[40] واختلفوا في تكييفها ما دامت لا تصح حوالة، فذهب المالكية إلى أنها تعتبر كفالة إن رضي بها لأن العيرة في العقود للمعاني ولا عيرة بلفظ الحوالة إن وقعت به، وقال الشافعية: لا تصح حوالة في الأصح وتكون ضماناً لأنه متبرع إن رضي بها. وقيل: تصح حوالة برضاه وفي براءة المحيل خلاف، قيل: يبرأ وقيل لا يبرأ[41].

وقال الحنابلة تصح وتعتبر وكالة في الاقتراض مع الضمان فإن رضي المحال عليه بالحوالة صار ضامناً يلزمه الأداء فهي بالنظر إلى علاقة المحيل بالمحال وكالة في الاقتراض وبالنظر إلى علاقة المحيل بالمحال عليه اقتراض، وبالنظر إلى علاقة المحال بالمحال عليه ضمان[42].

وفي الجملة فإن الجمهور أجازوا الحوالة على من لا دين عليه ولكنهم اختلفوا في تكييفها – فهي كفالة عند المالكية والشافعية في قول عندهم وهي وكالة باعتبار واقتراض باعتبار وضمان باعتبار عند الحنابلة كما سبق بيانه.

وقد ذهبت المعايير الشرعية إلى جواز الحوالة المطلقة فقد نصت في معيار الحوالة[43]:

الحوالة المقيدة: وهي التي يقيد فيها المحال عليه بقضاء دين الحوالة من دين أو عين للمحيل لدى المحال عليه وهي جائزة شرعاً.

---

(39) المراجع السابقة.

(40) الدردير: الشرح الكبير، 327/3، والدسوقي: حاشية على الشرح الكبير،327/3، والصاوي: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 426/3. ابن قدامة: المغني، 339/4، البهوتي: كشاف القناع، 387/3، والبهوتي: منتهى الإرادات، 136/2.

(41) زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، 232/2، والشيرازي: المهذب، 345/1.

(42) المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 168/5، وابن قدامة: المغني، 339/4، والبهوتي: كشاف القناع، 385/3.

(43) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، 1/1/5، 2/1/5.

الحوالة المطلقة: وهي التي لا يكون فيها للمحيل دين أو عين لدى المحال عليه، حيث يلتزم بأداء دين المحيل من مال نفسه، ثم يرجع بعد ذلك بما دفعه على المحيل إذا كانت الحوالة بأمره وهي جائزة شرعاً.

- **المسألة الثانية: اشتراط قبول المحال عليه للحوالة**

ذهب الحنفية إلى أن قبول المحال عليه للحوالة ركن لانعقاد الحوالة سواء كان عليه دين أم لا وذلك لأن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقبوله ورضاه، ولأن الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت، فبعضهم أسهل مطالبة واقتضاء، وبعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافاً إلى التزامه[44].

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط قبول المحال عليه لصحة الحوالة، وغني عن البيان ما سبقت الإشارة إليه في المسألة السابقة من أن جمهور الفقهاء لا يقولون بالحوالة المطلقة، وعليه فإن قولهم بعدم اشتراط قبول المحال عليه في صورة كون المحال عليه مديناً للمحيل، لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل[45].

والذي يظهر رجحانه هو التفصيل، فلا يشترط رضا المحال عليه في الحوالة المقيدة إذ ليس في هذا النوع من الحوالة إلزام للمحال عليه بما لم يلتزمه إذ أن الواجب في حقه ثابت على كل حال ولكنه بدلاً من أن يدفعه إلى الدائن نفسه دفعه إلى من رضي الدائن دفعه إليه وهو المحال، أما كون الناس يختلفون في التقاضي فلا تأثير له هنا لكون الدين لازماً للمحال عليه على كل حال، وفي حالة الحوالة المطلقة فإن رضا المحال عليه شرط.

وقد نصت المعايير الشرعية[46] على أنه: "يشترط لصحة الحوالة رضا الأطراف الثلاثة: المحيل، والمحال، والمحال عليه".

- **المسألة الثالثة: الحوالة مع اشتراط ضمان المحيل للمحتال**

ذهب الحنفية إلى جواز الحوالة مع شرط ضمان المحيل وتعتبر حينئذ كفالة لا حوالة.

فلو شرط المحتال الضمان على المحيل صح ويطالب أياً شاء لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة.

والأصل عند الحنفية أن الحوالة تفيد براءة المحيل من الدين ومن المطالبة به معاً أما إذا أفلس المحال عليه أو مات مفلساً أو أنكر الدين فقد ذهب أبو يوسف إلى أن المحال يرجع على

---

(44) الكاساني: بدائع الصنائع، 17/6، وابن نجيم: البحر الرائق شرح الكنز، 269/6، والزيلعي: تبيين الحقائق، 171/4.
(45) البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، 385/3، والشيرازي: المهذب، 345/1، والدردير: الشرح الكبير،327/3.
(46) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، 1/6.

المحيل في هذه الحالة ومستند هذا الرأي ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً، فقال: يرجع بحقه، لا توى على مال امرئ مسلم[47].

فهذا الخبر يدل على رجوع الدين على الأصيل مرة أخرى إذا أعسر به المحال عليه أو مات.

لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[48].

وقد ذهب زفر من الحنفية إلى أن الحوالة غير مبرئة للمحيل وأن حكمها حكم الكفالة[49].

وذهب الشافعية إلى بطلان الحوالة مع اشتراط ضمان المحيل.

ودليلهم أن اشتراط ضمان المحيل للحوالة ينافي مقتضى عقد الحوالة إذ أن الحوالة تقتضي براءة المحيل بخلاف الكفالة والشرط الذي ينافي مقتضى العقد يبطله[50].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن للمحال أن يرجع على المحيل إذا اشترط في عقد الحوالة أن يكون المحال عليه مليئاً فتبين أنه غير ملئ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم"[51] ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد فيثبت الفسخ بفواته[52].

وقد أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة بمذهب الجمهور في وجوب الوفاء بالشرط وجواز الرجوع على المحيل عندما يتبين عدم ملاءة المحال عليه، فقد نصت عند بيانها لأثر الحوالة في العلاقة بين المحيل والمحال على ما يلي:-

يبرأ المحيل من الدين والمطالبة معاً إذا انعقدت الحوالة صحيحة، وليس للمحال الرجوع على المحيل إلا إذا اشترط ملاءة المحال عليه فتبين أنه لم يكن مليئاً، فيكون له الرجوع.

وأخذت برأي الحنفية في الرجوع على المحيل دون اشتراط عند توى الدين حيث نصت على ما يلي:

"يحق للمحال الرجوع على المحيل إذا توى الدين - ولو لم يشترط الرجوع - والتوى هو: أن يموت المحال عليه مفلساً أو تتم تصفية المؤسسة مفلسة قبل أداء الدين، أو يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف على نفيها ولم تكن ثمة بينة بها أو يحكم عليه بالإفلاس حال حياته أو يصدر حكم بإفلاس المؤسسة[53].

---

(47)ابن قدامة: المغني،339/4.

(48) الفتاوى الهندية، 305/3، وابن عابدين: الحاشية، 341/5، والمودودي: الاختيار لتعليل المختار، 3/3.

(49) البابرتي: العناية شرح الهداية، 244/7، ابن عابدين: الحاشية، 341/5، لاخسرو: درر الحكام، 308/2.

(50) الشيرازي: المهذب، 345/1، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، 232/2.

(51) البيهقي: السنن الكبرى، 79/6، 249/7، والدارقطني: السنن، 27/10.

(52) ابن قدامة: المغني، 339/4، والبهوتي: كشاف القناع، 387/3.

(53) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، 1/7، 2/7.

- **المسألة الرابعة: السفتجة**

تعريف السفتجة:

السفتجة: قيل بضم السين، وقيل بفتحها، وأما التاء فمفتوحة فيهما، فارسي معرب، فسرها بعضهم فقال: هي كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالاً قرضاً يأمن به خطر الطريق[54].

والسفاتج جمع سفتجة تعريب سفته بمعنى المحكم وهي إقراض لسقوط خطر الطريق[55].

آراء فقهاء المذاهب في السفتجة:

اختلفت آراء الفقهاء في حكم السفتجة وذلك حسب تكييف السفاتج، فمن نظر إلى أنها قرض جر نفعاً وهو أمن خطر الطريق إن كان مشروطاً قال بحرمتها وإن لم يكن مشروطاً فلا تحرم عندهم وربما كانت مكروهة، ومن نظر إلى السفاتج على أنها حوالة أو أنها تحقق مصلحة المقرض والمقترض وأنه لا ربا فيها قال بجوازها لعدم ورود النص بتحريمها كما سيأتي بيانه:

ذهب الحنفية في المشهور عندهم إلى أنها مكروهة[56].

ودليلهم: أن المقرض استفاد أمن خطر الطريق، فيصدق عليها أنها قرض جر نفعاً فتكون محرمة أو مكروهة فقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن قرض جر نفعاً، وأشبهت منفعة المقرض هنا ما لو أقرضه دراهم مكسرة على أن يردها صحاحاً. فالزيادة المشروطة فضل لا يقابلها عوض فأشبه الربا والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب، هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض، وأما إذا كانت غير مشروطة في القرض فلا بأس بذلك لأنها من حسن القضاء، وعلى هذا تخرج السفاتج التي يتعامل بها التجار أنها مكروهة لأن التاجر ينتفع بها بإسقاط خطر الطريق فتشبه قرضاً جر نفعاً[57].

وذهب المالكية في المشهور عنهم[58] والشافعية وأحمد في رواية إلى أنها محرمة إذا اشترط المقرض كتابة السفتجة[59][60].

---

(54) الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، 278/1.

(55) الجرجاني: التعريفات، 157/1.

(56) الكاساني: بدائع الصنائع،318/8.

(57) الكاساني: بدائع الصنائع، 318/8.

(58) المشهور في المذهب: انها محرمة إلا أن يعم الخوف فتجوز وعن الإمام مالك أنها مكروهة، وأجازها ابن عبد الحكم مطلقاً عم الخوف أم لا، التسولي: البهجة شرح التحفة، 374/2.

(59) ابن قدامة: المغني،390/4، والكشناوي: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك،242/2، والماوردي: الحاوي، 467/6-468، والمطيعي: محمد نجيب، تكملة المجموع شرح المهذب، 170/13، وابن قدامة: الكافي، 70/2، وابن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، 350/1.

(60) جاء في الحاوي للماوردي أن القرض على ضربين، احدهما: أن يكون مشروطاً فيه كتب السفتجة إما من جهة المقرض، فيقول هو ذا اقرضتك لتكتب لي به سفتجة إلى بلد كذا أو من جهة المقترض فيقول: هو ذا اقترض منك لاكتب لك سفتجة إلى ←

ودليلهم: أن السفتجة قرض جر نفعاً وهو سقوط خطر الطريق. ويستثنى من ذلك حالتان: أ) حالة عدم الخوف فذلك يبيح أخذ السفتجة تقديماً لمصلحة حفظ المال، ب) وحالة ما لو حصل القرض أولاً دون شرط السفتجة ثم بعد ذلك كتب المقترض للمقرض سفتجة فإن هذا يعتبر زيادة إرفاق وإحسان ولا يخرج القرض عن موضوعه.

ويحملون على هذا ما روي عن ابن عباس والزبير رضي الله عنهما من فعل السفتجة[61].

وذهب أحمد في رواية ثانية والقاضي أبو يعلى وابن تيمية وابن القيم إلى الجواز مع الشرط وهذا مروي عن بعض الصحابة والتابعين منهم ابن عباس وابن الزبير وابن سيرين والثوري وإسحاق وابن عبد الحكم، قال ابن قدامة في المغني: والصحيح جوازه لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما[62].

ودليلهم: أن السفتجة فيها مصلحة لكل من المقرض والمقترض في غير ضرر بواحد منهما، فالمقرض ينتفع بأمن خطر الطريق في نقل دراهمه إلى ذلك البلد، والمقترض ينتفع بالقرض، وما كان فيه مصلحة للجميع وليس فيه ضرر فإن الشرع لا يحرمه[63].

ثم إن السفتجة لم يرد نص بتحريمها وليست هي في معنى منصوص فوجب إبقاؤها على الإباحة لا سيما أن الحاجة داعية لها، خاصة في وقتنا الحاضر، والقول بمنعها فيه حرج على الناس والشريعة ترفع الحرج[64].

والذي يظهر رجحانه هو ما ذهب إليه القائلون بجواز السفتجة دون كراهة.

آراء العلماء في تكييف الكمبيالة:

اختلفت آراء العلماء في التكييف الفقهي للكمبيالة وبعد بيان المسائل التي لها علاقة بالتكييف الفقهي نعرض لآرائهم فيما يلي:

بلد كذا فهذا قرض باطل، لا يصح أخذ السفتجة به، لأنه قرض جر منفعة.

والثاني: أن يكون القرض مطلقاً ثم يتفقان على كتب سفتجة فيجوز هذا كالدين، وإذا كان كذلك فلا يخلو حال السفتجة بالدين من أحد أمرين، إما أن يكون بلفظ الحوالة أو بلفظ الامر والرسالة، فإن كانت بلفظ الحوالة فإذا وردت السفتجة إلى المكتوب إليه لزمه أداؤها بأربعة شروط، أن يعترف بدين المكاتب، وأن يعترف بدين المكتوب له، وأن يعترف بأنه كتاب المحيل، وأن يعترف أنه يريد به الحوالة، وإذا كانت بلفظ الامر لم تلزم المكتوب إليه. الماوردي: الحاوي، 467/6.

(61) التسولي: البهجة شرح التحفة، 473/1، والماوردي: الحاوي، 467/6. ود. مبارك بن سليمان: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص97.

(62) ابن قدامة: المغني، 490/4، وابن تيمية: مجموع الفتاوي، 515/20، ود. محمد حسن الصالح، الخدمات المصرفية غير الاستثمارية، ص355-368، د. أحمد العيادي: أدوات الاستثمار الإسلامية، ص97-98، د. مبارك بن سليمان وأحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص491-405.

(63) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 456/29.

(64) د. سعد بن تركي، فقه المعاملات المالية المعاصرة، ص273.

الرأي الأول: الكمبيالة حوالة أو سفتجة باعتبار السفتجة حوالة. وبهذا قال الدكتور عمر بن عبد العزيز الترك والدكتور غريب الجمال[65].

ويصدق هذا القول على بعض صور الكمبيالة إلا أنه لا يصدق على جميع صورها فمثلاً إذا كان المسحوب عليه غير مدين للساحب ولم يرض بالحوالة فإن الكمبيالة في هذه الصورة لا يصدق عليها مسمى الحوالة لا على مذهب الجمهور لاشتراطهم أن يكون المحال عليه مديناً للمحال ولا على مذهب الحنفية لاشتراطهم رضا المحال عليه كما أن القول بأن الكمبيالة سفتجة باعتبار السفتجة حوالة يرد عليه بأن السفتجة تكون حوالة في بعض صورها دون الآخر فالغالب في صور الحوالة أنها أداة لأمن خطر الطريق في مجال القرض.

الرأي الثاني: الكمبيالة حوالة في بعض صورها، وكالة في صور أخرى.

وهذا الرأي هو ما أوردته الموسوعة الفقهية الكويتية حيث جاء فيها: "سحب السفتجة – يعني الكمبيالة – من مصرف على آخر لمصلحة شخص ثالث هو حوالة من وجهة النظر الإسلامي مديناً كان المسحوب عليه للساحب أم لا عند الحنفية وموافقيهم، لأنهم لا يشترطون مديونية المحال عليه للمحيل، ولأن نفاذها يتوقف عندهم على قبول المسحوب عليه، على أن جمهور أهل الفقه لا يشترطون قبول المسحوب عليه إذا كان مديناً بدين السفتجة لساحبها.

وتكون وكالة إذا لم يكن المستفيد (المحال) دائناً للساحب (المحيل) حيث جاء فيها "وهذا كله إنما يتحقق إذا كان الشخص الذي سحبت السفتجة لأمره دائناً للساحب وإلا لم تكن حوالة، لأن شرط الحوالة كون المحال، هو هنا المسحوب لأمره دائناً للمحيل وهو هنا الساحب، فإن لم يكن دائناً له كانت السفتجة توكيلاً من الساحب للشخص في أخذ المبلغ المذكور"[66].

ويمكن أن يعترض على هذا الرأي بأن إطلاق القول بأن الكمبيالة حوالة لا يستقيم إذ كيف يمكن حمل الكمبيالة على الحوالة إذا لم يكن المسحوب عليه مديناً للساحب ولم يرض (المسحوب عليه) بالحوالة لا على رأي الحنفية ولا على رأي الجمهور، ويجاب عن هذا الاعتراض بأن قبول المسحوب عليه متحقق ضمناً بمجرد قبوله الكمبيالة فتصح حوالة مطلقة على رأي الحنفية.

وقد نصت المعايير الشرعية على اعتبار الكمبيالة حوالة إذا كان المستفيد (المحال) دائناً للساحب (المحيل) وتكون الجهة الملتزمة بدفع المبلغ (المسحوب عليه) هي المحال عليه وإذا لم

(65) د. مبارك سليمان ال سلمان، احكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص339-303، د. ستر بن ثواب الجعيد واحكام الأوراق النقدية والتجارية، ص300. د. احمد العيادي، وادوات الاستثمار الإسلامية، ص92.

(66) الموسوعة الفقهية الكويتية.

يكن المستفيد (المحال) دائناً للساحب كانت الكمبيالة توكيلاً من الساحب (المحيل) للمستفيد (المستفيد) بقبض المبلغ.

وتعتبر من قبيل الحوالة المطلقة إذا لم توجد مديونية بين الساحب (المحيل) والمسحوب عليه (المحال عليه).

تعتبر الكمبيالة من قبيل الحوالة إذا كان الشخص المستفيد الذي سحبت لأمره دائناً للساحب، ويكون الساحب هو المحيل الذي يصدر أمراً للمسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود في تاريخ معين للمستفيد المحدد. أما الجهة الملتزمة بدفع المبلغ المعين (المسحوب عليه) فهي المحال عليه، والمستفيد حامل الكمبيالة هو المحال فإن لم يكن المستفيد دائناً للساحب كان إصدار الكمبيالة توكيلاً من الساحب للشخص في قبض واستيفاء مبلغ الكمبيالة.

تعتبر الكمبيالة في حال عدم وجود مديونية بين الساحب والمسحوب عليه من قبيل الحوالة المطلقة[67].

الرأي الثالث: الكمبيالة أمر بالأداء باعتبار ذلك أمراً عاماً يمكن معه حمل الكمبيالة على الحوالة أو الوكالة أو غيرهما بحسب صورها المختلفة.

وهو رأي الدكتور ستر بن ثواب الجعيد حيث يقول "ويمكن القول بأن الكمبيالة وثيقة نشأت لتسهيل التبادل خاصة مع البلدان المتباعدة فليس بعيداً أن تكون مرة حوالة وأخرى وكالة في الوفاء وهي بمثابة القرض ومرة وكالة في إقباضه ولقد وصف بعض الباحثين الكمبيالة بأنها أمر أداء، وأرى أن هذا الوصف هو الأقرب لوصف هذه الورقة – الكمبيالة – وصفاً عاماً...".

ويلاحظ أن هذا الرأي لا يلحق الكمبيالة بعقد من العقود وإنما يجعل الأمر عاماً يختلف التكييف مع كل صورة ولا يجيب على المسألة إجابة محددة وواضحة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للسند الإذني (السند لأمر)

السند لأمر هو وثيقة بدين تثبت أن محررها مدين لمن حررت له بالمبلغ المدون فيها وأنه مستحق الأداء في التاريخ المحدد فيها.

وعليه فإن إصدار السند لأمر جائز شرعاً بل مطلوب لعموم الأدلة الدالة على مشروعية كتابة الدين كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾[68]

(67) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، معيار 7 البند رقم 12.

(68) سورة البقرة، اية: 282.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للشيك

إن كان محرر الشيك (العميل) دائناً للبنك أي له فيه حساب فإنه يعتبر حوالة (المحيل، الساحب، والمحال: المستفيد، والمحال عليه: المصرف).

وإن لم يكن محرر الشيك دائناً للبنك (أي ليس له في البنك حساب) فيكون عندئذ حوالة على رأي من لا يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل (الحنفية) حيث تجوز الحوالة على من لا دين عليه إذا قبلها (الحوالة المطلقة).

أو يكون الشيك في هذه الصورة وكالة في اقتراض كما سبق بيانه عند الحنابلة. وكلاهما (الحوالة أو الوكالة في الاقتراض) جائز شرعاً بشرط عدم تضمن الشيك للربا عن طريق ما يسمى بالسحب على المكشوف، إذ أن البنوك لا تقرض في الغالب إلا بفائدة.

ومستند الشيك المسطر والمقيد في الحساب ولزوم وفاء المسحوب عليه بشرط الساحب فيهما هو عموم قوله ﷺ (المسلمون على شروطهم) [69] ولأنه شرط صحيح في مصلحة العقد، والأصل في الشروط والعقود الصحة[70].

(69) الترمذي: السنن، 584/4، والحاكم في المستدرك، 101/4، والدارقطني: السنن،27/3.

(70) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار رقم 16، ملحق ب ص 230.

المبحث الرابع: الأحكام المتعلقة بالأوراق التجارية

المطلب الأول: حكم التعامل بالأوراق التجارية:

بعد استعراض الآراء الفقهية في أحكام الأوراق التجارية وبيان مستندها الشرعي نذكر ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة في حكم التعامل بالأوراق التجارية، حيث نصت المعايير الشرعية[71] على ما يلي:

أ- يجوز التعامل بالأوراق التجارية بأنواعها الثلاثة (الكمبيالة والسند لأمر والشيك) شريطة ألا يترتب على ذلك مخالفة شرعية، مثل الربا أو التأجيل الممنوع شرعاً، بحسب التفصيل الوارد في البنود التالية.

ب- لا يجوز التعامل بالكمبيالة والسند لأمر فيما يشترط فيه القبض، مثل جعلهما بدلي عقد الصرف ورأس مال السلم.

جـ- يجوز التعامل بالشيك في الأنواع والحالات الآتية:

- الشيك الذي لصاحبه رصيد إذا كان مسحوباً من العميل على مصرف، أو من مصرف على آخر، أو من المصرف على نفسه أو على أحد فروعه.
- الشيك الذي ليس لصاحبه رصيد إذا كان مسحوباً من العميل على مصرف أو من مصرف على آخر أو من المصرف على نفسه أو على أحد فروعه وذلك بشرط عدم إفضاء هذا السحب للربا عن طريق ما يسمى بالسحب على المكشوف.
- الشيك المسطر، ويلزم المصرف المسحوب عليه الوفاء بشروطه.
- الشيك المقيد في الحساب، ويلزم المصرف المسحوب عليه الوفاء بشروطه، وذلك بقيد قيمته في الحساب.
- الشيكات السياحية، ويجوز للجهة المصدرة لها أخذ عمولة مقابل الوساطة في إصدارها أو عند صرفها على ألا تتضمن فائدة ربوية.

التظهير

التظهير بجميع أنواعه إذا حصل مستوفياً للشروط والبيانات المقررة نظاماً يعتبر ملزماً لما يترتب عليه من آثار.

---

(71) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار رقم 16 ص 226.

المطلب الثاني: حكم تحصيل الأوراق التجارية

يمكن تعريف تحصيل الأوراق التجارية بأنه: "إنابة المصرف في جمع الأموال المثلة في الأوراق من المدينين بها وتسليمها إلى العميل".

وتحصيل الأوراق التجارية هي خدمة مصرفية تقدمها المصارف لعملائها حيث تقوم بعملية تحصيل قيمة الشيكات والكمبيالات والسندات الإذنية المحررة لصالحهم نيابة عنهم.

وفي المقابل فإن المصارف تستهدف من وراء هذه العملية زيادة مواردها النقدية من العمولات التي تحصل عليها نظير ذلك.

وقد يصاحب عملية تحصيل الأوراق التجارية عملية صرف إذا رغب العميل أن يقوم المصرف بتقييد قيمة الورقة التجارية بعملية مخالفة للعملة التي حررت بها.

وتحصيل الأوراق التجارية لا يعدو أن يكون عقد وكالة يوكل فيه العميل المصرف في جمع الأموال المثلة في الأوراق التجارية من المدينين بها وتقييدها في حسابه. والوكالة جائزة شرعاً.

وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة حيث نصت على ما يلي(72): "تحصيل الأوراق التجارية يعتبر وكالة من المستفيد للمؤسسة في تحصيل قيمتها له، وتستحق المؤسسة الأجرة المتفق عليها بينها وبين المستفيد، وإذا لم يوجد اتفاق بينها وبين العميل فيعمل بالعرف السائد بين المؤسسات في ذلك".

أما ما يتقاضاه المصرف من عمولة لقاء تحصيله الأوراق التجارية فهو أجر في مقابل الوكالة وهو جائز شرعاً.

المطلب الثالث: حكم خصم الأوراق التجارية:

التعريف بالخصم:

عرفت المعايير الشرعية خصم الأوراق التجارية بأنها(73): "عملية يقوم حامل الورقة التجارية بموجبها بنقل ملكيتها عن طريق التظهير إلى طرف ثالث قبل موعد الاستحقاق مقابل تعجيل المؤسسة قيمتها له مخصوماً منه مبلغ معين".

فالخصم هو أداء البنك قيمة الورقة التجارية لحاملها قبل ميعاد استحقاقها نظير أجر

(72) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار رقم 16 البند رقم 4 ص 226. وانظر الموسوعة الفقهية الكويتية، 90/45.

(73) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار رقم 16 ملحق ج ص234.

يقتطعه البنك وقد يقوم المصرف بإعادة خصم الأوراق التجارية التي سبق أن خصمها لعملائه لدى المصرف المركزي للحصول على السيولة.

والأجر الذي يقتطعه البنك يتكون من عدة عناصر:

أ- **سعر الخصم**: والمراد به الفائدة على النقد للمدة فيما بين موعد الوفاء المدون على الورقة التجارية وموعد الخصم.

ب- **العمولة**: ويأخذها البنك نظير ممارسته لعملية الخصم ويتم تقديرها بالنظر إلى قيمة الكمبيالة ومقدار الأجل المتبقي على موعد الدفع ومقدار المخاطرة التي قد يتعرض لها المصرف.

جـ- **مصاريف التحصيل**: وهي المبالغ التي ينفقها المصرف على أساس المطالبة بقيمة هذه الورقة في الوقت المحدد للوفاء.

والأوراق التجارية التي يجري عليها الخصم هي الكمبيالة والسند الإذني باعتبار أنها تستحق الدفع بعد مدة زمنية في الغالب بخلاف الشيك الذي يستحق الدفع مباشرة في الغالب.

التكييف الفقهي لخصم الأوراق التجارية

ذهب معظم الباحثين المعاصرين إلى تحريم خصم الأوراق التجارية بالطريقة التي سبق شرحها مع اختلافهم في الأساس الذي انبنى عليه هذا الحكم من حيث حقيقة الخصم وتخريجه الفقهي.

وهذا عرض لآراء الباحثين في هذه المسألة(74).

الرأي الأول: تخريج الخصم على أنه قرض

وهو الرأي الذي ذهب إليه د. عبد العزيز المترك ود. محمد عثمان شبير وغيرهم من الباحثين.

حيث يقوم البنك بدفع قيمة الورقة التجارية مخصوماً منها ما يمثل فائدة على المبلغ المقترض مدة القرض وهي المدة التي تبدأ من تاريخ الخصم إلى تاريخ الاستحقاق وهذا المبلغ (الفائدة) زائد على مبلغ القرض وهو من الربا المحرم بالإجماع.

(74) د. مبارك بن سليمان ال سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص341-377. ود. ستر بن ثواب الجعيد، وأحكام الأوراق النقدية والتجارية، ص342-355، ود. محمد الحسن الصالح، الخدمات المصرفية غير الاستثمارية، ص362-368. ود. محمد عثمان شبير، والمعاملات المالية المعاصرة، ص246-247. ود. احمد صبحي العيادي، أدوات الاستثمار الإسلامية، ص98-99.

الرأي الثاني: تخريج الخصم على أنه بيع دين

بمعنى أن حامل الورقة التجارية يبيع الدين الثابت فيها وهو الدين الذي له في ذمة مدينه لأحد المصارف - وهو المصرف الذي يتولى الخصم - بثمن حال، يمثل جزءاً من مبلغ الورقة على أن يقبض المصرف مبلغ الورقة كاملاً من المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق.

وعلى ذلك فيكون الخصم من قبيل بيع الدين من غير من هو عليه، وهو حرام شرعاً.

وسبب تحريم الخصم بناء على هذا التخريج أنه لم تراع فيه جميع شروط بيع الدين من غير من هو عليه عند من يجوزه وذلك أن الدين في الورقة التجارية من النقود ويباع بالنقود ومن شرط ذلك التقابض مع التماثل عند اتحاد الجنس والتقابض فقط عند اختلافه.

وهذا يعني تحقق الربا بنوعيه: ربا الفضل وربا النسيئة فالفضل لعدم التماثل والنسيئة لتأجيل قبض أحد العوضين.

ويرد على هذا التخريج أنه قد لا يوجد دين على المسحوب عليه، فليس في هذه الحال دين يباع، وهذا يعني أن هذا التخريج وإن كان يصدق في فرض فإنه لا يصدق في فرض آخر.

الرأي الثالث: تخريج الخصم على أنه حوالة

وذلك باعتبار أن حامل الورقة التجارية يحيل المصرف المقرض على مدينه - المسحوب عليه - لاستيفاء بدل القرض.

وسبب التحريم في هذه الحالة هو أن من شروط صحة الحوالة اتفاق الدين المحال به والدين المحال عليه في المقدار وهذا غير متحقق في عملية الخصم.

علاقة مسألة ضع وتعجل بعملية الخصم

وهي التي يسميها الفقهاء بـ "الصلح عن المؤجل ببعضه حالاً" أو "مسألة ضع وتعجل" بأن يتفق المدين مع دائنه على إسقاط بعض الدين في مقابل تعجيل المدين له، وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين رئيسين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وهو المذهب عند الحنابلة إلى عدم الجواز وأجاز الحنابلة والحنفية والشافعي في رواية عنه الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالاً في دين المكاتب لا غير. وهذا القول هو المروي عن جمع من الصحابة والتابعين منهم زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر والقاسم والحسن والشعبي وغيرهم[75].

(75) ابن قدامة: المغني، 9-450، والعدوي، الحاشية، 32/6، ود. محمد الحسن الصالح، الخدمات المصرفية غير الاستثمارية وحكمها في الشريعة الإسلامية، ص356-359. د. احمد صبحي العيادي، وادوات الاستثمار الإسلامية، ص97-98. ود. مبارك بن سليمان ال سليمان، وأحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص391-405.

وقد استدل أصحاب هذا القول:

بما رواه البيهقي عن المقداد بن الأسود رضي الله عنه قال: "أسلفت رجلاً مائة دينار ثم خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله ﷺ فقلت له: عجل تسعين ديناراً وأحط عشرة دنانير فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله فقال: أكلت ربا يا مقداد وأطعمته"[76].

وبالقياس على تأخير الدين في مقابل الزيادة وهو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه، والمعنى الجامع بينهما أن في كل منهما بدلاً وعوضاً عن الأجل يزداد الذي يزيد الأجل ويسقطه الذي يتعجل الدين قبل محله وذلك ربا فلا يجوز[77].

القول الثاني: ذهب زفر من الحنفية والإمام أحمد في رواية إلى جوازه وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وحكي عن الإمام الشافعي، وهو المروي عن ابن عباس وابن سيرين وإبراهيم النخعي[78].

واستدل أصحاب هذا القول:

بما رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما أراد رسول الله أن يخرج بني النضير، قالوا: يا رسول الله؛ إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل، قال: ضعوا وتعجلوا[79].

أن هذه المسألة هي ضد الربا وذلك أن الربا يتضمن الزيادة في الأجل والدين وذلك محض إضرار بالغريم وأما هذه المسألة فإنها تتضمن براءة ذمة الغريم من الدين مع إسقاط بعضه عنه وانتفاع صاحب الدين بتعجيل حقه فكلاهما حصل له الانتفاع من غير إسقاط بعضه عنه وانتفاع صاحب الدين بتعجيل حقه فكلاهما حصل له الانتفاع من غير ضرر بخلاف الربا المجمع على تحريمه.

قال ابن عباس رضي الله عنه: "إنما الربا أخر لي وأنا أزيدك وليس عجل لي وأضع عنك"[80].

الترجيح:

بعد استعراض الآراء فإنه يظهر لي أن الراجح هو حمل عملية الخصم على القرض وذلك أن المصرف لم يقصد شراء الحق الثابت في الورقة ولا أن يكون محالاً به، وإنما قصد

(76) البيهقي، السنن الكبرى، 28/6.

(77) ابن قدامة: المغني، 450/9، والعدوي: الحاشية،32/6.

(78) المغني: ابن قدامة: 450/9، والبعلي: الاختيارات، 478/1.

(79) البيهقي: السنن الكبرى، 28/6، والدارقطني: السنن، 46/3.

(80) ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، 313/3.

الإقراض قبل انتقال ملكية الورقة، المخصومة إليه على سبيل الضمان، وعليه فإن عملية الخصم محرمة شرعاً لما يصاحبها عادة من فائدة ربوية يأخذها المصرف وهي الفرق بين قيمة القرض الفعلي والقيمة الإسمية للورقة التجارية.

وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 7/2/64 حيث جاء فيه:

"إن حسم (خصم) الأوراق التجارية غير جائز شرعاً، لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحرم".

وهو ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة[81] حيث نصت على ما يلي:

(لا يجوز حسم "خصم" الأوراق التجارية، ويجوز الوفاء بأقل من قيمتها للمستفيد الأول (الدائن) قيل حلول أجلها ما لم يكن ذلك باتفاق سابق قبل تاريخ الوفاء) وجاء في بيان مستند هذا الرأي[82] "هو أن حقيقة خصم الأوراق التجارية وموعد استحقاقها، القرض بفائدة محرم بالاتفاق".

وأما الحطيطة من الدين المؤجل فإنني أرى ترجيح القول بجوازها لأنه ليس من الربا، بل هو عكس الربا كما يقول ابن القيم[83] "فالربا يتضمن الزيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل، وهذا يتضمن براءة ذمته من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل، فسقط بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل فانتفع به كل واحد منهما ولم يكن هنا ربا حقيقة ولا لغة ولا عرفاً".

وبهذا الرأي أخذ مجمع الفقه الإسلامي الدولي حيث جاء في قراره رقم 7/2/64:

"رابعاً: الحطيطة من الدين المؤجل، لأن تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن أو المدين (ضع وتعجل) جائز شرعاً لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق، وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية. فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز، لأنها تأخذ عندئذ حكم حسم الأوراق التجارية" وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة وقد سبقت الإشارة إلى هذا.

وقد جاء في بيان مستند هذا الحكم الذي أخذت به هيئة المحاسبة[84] ما يلي:

"مستند جواز الوفاء بأقل من قيمة الورقة إذا كان ذلك بين حاملها والمستفيد الأول، هو أن

---

(81) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، المعيار رقم 16 البند رقم 1/5 ص227.

(82) المرجع السابق ص231.

(83) ابن القيم: أعلام الموقعين، 359/3.

(84) هيئة المحاسبة والمراجعة: المعايير الشرعية، ص231.

ذلك من مسألة المصالحة عن الدين المؤجل ببعضه حالاً". وهي ما تعرف بمسألة (ضع وتعجل) والتي يجوز التعامل بها على أحد قولي الفقهاء، ومما استدل به للجواز: حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ لما أراد أن يخرج بني النضير قالوا: يا رسول الله، إنك أمرت بإخراجنا، ولنا على الناس ديون لم تحل، فقال ﷺ: ضعوا وتعجلوا، وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن الرجل يكون له الحق على الرجل إلى أجل، فيقول: عجل لي وأضع عنك، فقال: لا بأس بذلك، وابن عباس رضي الله عنهما هو الراوي للحديث السابق في قصة إخراج بني النضير، ولأن هذه المسألة ضد الربا، فإن الربا يتضمن الزيادة في الأجل والدين وذلك إضرار محض بالغريم، وهذه المسألة تتضمن براءة ذمة الغريم من الدين، وانتفاع صاحبه بما يتعجله، فكلاهما حصل له الانتفاع من غير ضرر، بخلاف الربا المجمع عليه، فإن ضرره لاحق بالمدين، ونفعه مختص برب الدين، فهذا ضد الربا صورة ومعنى، ولأن مقابلة الأجل بالزيادة في الربا ذريعة إلى أعظم الضرر، وهو أن يصير الدرهم الواحد أضعافاً مضاعفة، فتشتغل الذمة بغير فائدة وفي الوضع والتعجيل تتخلص ذمة هذا المدين، وينتفع ذاك بالتعجيل له، ولأن الشارع له تطلع إلى براءة الذمم من الديون، وقد سمى الغريم المدين أسيراً، ففي براءة ذمته تخليص له من الأسر، وهذا ضد شغله بالزيادة مع الصبر".

وقد نص المعيار الشرعي رقم (16) الخاص بالأوراق التجارية في البند (5):

1/5 لا يجوز حسم (الخصم) الأوراق التجارية، ويجوز الوفاء بأقل من قيمتها للمستفيد الأول (الدائن) قبل حلول أجلها، ما لم يكن ذلك باتفاق سابق قبل تاريخ الوفاء.

2/5 لا يجوز بيع الورقة التجارية المؤجلة بمثل مبلغها (ربا النسيئة) ولا بأكثر منها (ربا النسيئة والفضل).

3/5 يجوز للمستفيد جعل الورقة التجارية المؤجلة ثمناً بسلعة معينة وليست موصوفة في الذمة بشرط قبض السلعة حقيقة أو حكماً.

4/5 يجوز لحامل الورقة التجارية شراء سلعة إلى أجل (بقدر أجل الورقة التجارية)، وبعد أن يثبت الدين في ذمته يحيل حامل الورقة دائنه على المدين له بتلك الورقة، ويكون ذلك من باب الحوالة.

المطلب الرابع: قبول الوفاء بقيمة الأوراق التجارية:

سبق بيان المقصود من قبول الأوراق التجارية والذي يعني - باختصار - "تعهد من قبل مصرف ما بدفع قيمة ورقة تجارية مسحوبة عليه عن طريق ختمها بكلمة مقبول".

ويتضمن الاتفاق الذي بموجبه يوقع المصرف على الورقة التجارية بالقبول أن يقوم العميل الذي تم التوقيع بناء على طلبه بإيداع قيمة الورقة في حسابه لدى المصرف قبل تاريخ الاستحقاق حتى يتمكن من تسليمها لحامل الورقة التجارية.

ومع ذلك فإن المصرف ملزم – بموجب تعهده – أن يدفع قيمة الكمبيالة لحاملها في تاريخ الاستحقاق ولو لم يقم عميله بدفعها إليه.

ويأخذ المصرف في مقابل هذا التعهد أو الضمان عوضاً معلوماً.

التكييف الفقهي للقبول المصرفي[85]:

من خلال تأمل المقصود من القبول المصرفي يتضح أن هذه العملية في حقيقتها هي نوع من الكفالة أو الضمان إذ أن المصرف يلتزم بدفع قيمة الورقة التجارية للمستفيد حتى ولو لم يقم محرر الورقة التجارية بدفع قيمتها للمصرف قبل موعد الاستحقاق، فالمدين الأصلي هو العميل – محرر الورقة التجارية – والمصرف إنما هو ملتزم بدفع قيمتها للمستفيد في موعد استحقاقها من حساب العميل لديه إن أودع العميل قيمتها قبل موعد الاستحقاق، أو من ماله الخاص إن لم يقم العميل بذلك ثم يرجع المصرف على العميل بقيمة ما دفع، وهذا في حقيقته هو عقد الكفالة أو الضمان.

والكفالة في الأصح عند الحنفية هي ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة فقط بينما هي عند الجمهور شغل الذمة الأخرى بالحق أيضاً [86].

وعليه فإن عملية القبول المصرفي للأوراق التجارية جائزة، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه في حال دفع البنك قيمة الورقة التجارية للمستفيد من حسابه الخاص (أي من حساب المصرف) فإن العملية تعتبر قرضاً من البنك بقيمة الورقة التجارية فلا يجوز للبنك أن يأخذ أي مبلغ زيادة على ما دفعه فعلاً لأن الزيادة رباً".

والسؤال الذي يثار هو هل يجوز للبنك أن يأخذ عوضاً أو أجراً عن هذا القبول وبمعنى آخر أن يأخذ أجراً عن الضمان؟.

وقد سبق بيان الآراء في هذه المسألة عند حديثنا على خطابات الضمان، ورجحنا القول بأنه لا يجوز أخذ أجرة على الضمان أو الكفالة المحضة.

---

(85) د. محمد الحسن الصالح، الخدمات المصرفية غير الاستثمارية، ص355. ود. ستر بن ثواب الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص342 وما بعدها.

(86) الكاساني: بدائع الصنائع، 242/7، والشوكاني: نيل الأوطار، 351/5.

وقد جاء في نص المعيار الشرعي رقم(16) الخاص بالأوراق التجارية البند(7):

قبول الوفاء بقيمة الورقة التجارية:

1/7 يعتبر قبول الوفاء بقيمة الورقة التجارية تعهداً والتزاماً من قبل المسحوب عليه بوفاء الدين الذي تمثله الورقة التجارية لحاملها في موعد الاستحقاق، وهذا التعهد والالتزام يجب الوفاء به شرعاً.

2/7 يعتبر جميع الموقعين على الورقة التجارية من الساحب والمظهر والكفيل ملتزمين بالتضامن بوفاء قيمتها لحاملها بحسب شروط التضامن، فيحق الرجوع عليهم منفردين أو مجتمعين بعد مطالبة المسحوب عليه (أو المحرر في السند لأمر) وامتناعه عن الوفاء.

3/7 الضمانات العينية التي يشترطها حامل الورقة التجارية تأكيداً لضمان حقه فيها تعتبر رهناً، ويترتب عليها ما يترتب على الرهن من أحكام.

مراجع الفصل الثامن

1- الأنصاري: زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي (المتوفى: 926هـ)، أسنى المطالب شرح روض الطالب.

2- البعلي: علي بن محمد بن عباس الدمشقي، الاختيارات الفقهية.

3-التسولي: أبو الحسن علي بن عبد السلام،البهجة في شرح التحفة.

4- الجرجاني: علي بن محمد بن علي،التعريفات.

5- الجعيد: ستر بن ثواب،أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، 1405-1406.

6- الحصكفي، الدر المختار، دار الفكر، بيروت لبنان، سنة النشر1386.

7- الحطاب الرعيني: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (المتوفى: 954هـ)مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل.

8- الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد العدوي(المتوفى: 1201هـ)،الشرح الكبير.

9- الدسوقي: محمد بن أحمد (المتوفى: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.

10- الرملي:شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (المتوفى: 1004هـ)،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج.

11- الزعتري: علاء الدين، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها.

12- أبو جيب: سعدي، القاموس الفقهي

13- آل سليمان: مبارك بن سليمان بن محمد،أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، كنوز إشبيليا، الرياض – السعودية، الطبعة الأولى، 1426-2005.

14- شبير: محمد عثمان،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان – الأردن، الطبعة السادسة 1427-2007.

15- الخطيب الشربيني: محمد بن أحمد (المتوفى:977هـ)،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج.

16- الصالح: محمد الحسن الأمين،الخدمات المصرفية غير الاستثمارية وحكمها في الشريعة الإسلامية، جامعة أم القرى، 1407-1408.

17- الصاوي: أحمد بن محمد (المتوفى: 1241هـ)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير.

18- ابن ضويان: إبراهيم بن محمد بن سالم (المتوفى: 1353هـ)، منار السبيل في شرح الدليل.

19- طه: مصطفى كمال، ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة.

20- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر (المتوفى: 1252هـ)، رد المحتار على "الدر المختار: شرح تنوير الأبصار".

21- العدوي: علي بن أحمد الصعيدي (المتوفى: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني.

22- عكيلي: عزيز، الأوراق التجارية.

23- عليش: محمد بن أحمد (المتوفى: 1299)، منح الجليل شرح مختصر خليل.

24- العيادي: أ.د. أحمد صبحي،أدوات الاستثمار الإسلامية (البيوع، القرض، الخدمات المصرفية)، دار الفكر، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، 1430-2010.

25- الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت.

26- ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني.

27- القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس،الذخيرة.

28- الكاساني: أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.

29- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (المتوفى: 450 هـ)، الحاوي.

30- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.

31- المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي (المتوفى: 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

32- النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار

إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1392.

33- ابن مفلح: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني ثم الصالحي (المتوفى: 763هـ)، الفروع.

34- المواق: أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير (المتوفى: 897 هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل.

35- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت.

36- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق.

37- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان.

38- النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى:676 هـ)،المجموع شرح المهذب.

39- النفراوي: أحمد بن غنيم بن سالم (المتوفى:1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني.

40- ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف (المتوفى: 861 هـ)، فتح القدير.

41- هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية.

42- الهيتي: عبد الرزاق، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق.

43- يونس: علي حسن، الأوراق التجارية.

الفصل التاسع

معيار بطاقات الائتمان

المبحث الأول: في تعريف بطاقة الائتمان وأنواعها وخصائص كل منها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في تعريف بطاقة الائتمان لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أنواع بطاقات الائتمان وخصائص كل نوع.

المبحث الثاني: في أطراف بطاقات الائتمان والعلاقة بينها وتكييفها الشرعي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في التعريف بأطراف العلاقة للبطاقة.

المطلب الثاني: في العلاقة بين الأطراف وتكييفها الشرعي.

المبحث الأول: في تعريف بطاقة الائتمان وأنواعها وخصائص كل نوع

المطلب الأول: في تعريف بطاقة الائتمان لغة واصطلاحاً:

- تعريف بطاقة الائتمان لغة:

تجمع بطاقة على بطاقات، وهي تطلق على الرقعة الصغيرة من الورق يُثْبَتُ فيها مقدار ما تجعل فيه إن كان عيناً كوزنه أو عدده وإن كان متاعاً فقيمته[1]، جاء في الحديث: (فَتُخْرَجُ لَهُ بِطَاقَةٌ فِيهَا: أَشْهَدُ أَنْ لا إِلَهَ إِلاَّ اللهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ)[2].

أما الائتمان: فيعني الثقة وعدم الخيانة، يقال: أمِنه، وأمَّنه تأميناً، وائتمنه، واستأمنه، وقد أمِّنَ فهو أمين.

وكلمة الائتمان مشتقة من الأمن، وهي ضد الخوف، والأمانة ضد الخيانة، ومؤتمن القوم: الذي يثقون به ويتخذونه أميناً حافظاً، والأمانة تقع على الطاعة والعبادة والوديعة والثقة والأمان[3].

- تعريف بطاقة الائتمان اصطلاحاً

جاء في معجم المصطلحات التجارية أنها: "**البطاقة الصادرة من بنك أو غيره تخول حاملها الحصول على حاجته من البضائع ديناً**"[4].

وعرفها رواس قلعة جي بأنها: "مستند خاص يصدره مصرف أو شركة مالية يتمكن به حامله من الحصول على سلع أو خدمات أو نقود ممن يقبل التعامل بهذا المستند يستوفيها من الجهة التي أصدرته على أن يسدد حامله لمصدره فيما بعد قيمة السلع أو الخدمات أو النقود التي حصل عليها"[5].

وهذا التعريف يتفق مع تعريف مجمع الفقه الإسلامي حيث عرفها المجمع بأنها:

"مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري، بناء على عقد بينهما، يمكنه من شراء

---

(1) القاموس المحيط، الفيروز آبادي، محمد يعقوب، القاموس المحيط، 221/30، 199، والرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح ص34، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، 1415هـ - 1995 تحقيق: محمود خاطر، وابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، مادة (بطق)، دار صادر، بيروت.

(2) الترمذي: الجامع الصحيح رقم (2639)، وابن ماجة: السنن رقم (4300)، وأحمد: المسند (213/2)

(3) ابن منظور، لسان العرب، باب الهمزة، مادة أمن.

(4) عبد الوهاب أبو سليمان، البطاقات البنكية ص20، ط3، (2003)، دار القلم، بتصرف نقلاً عن معجم المصطلحات التجارية. د. أحمد زكي بدوي.

(5) المعاملات المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، رواس قلعة جي ص110، ط1، (1999) دار النفائس، بيروت.

السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومن أنواع هذا السند ما يمكن من سحب نقود من المصارف"[6].

ويلاحظ أن بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي مناسبة:

ذلك أن الائتمان مشتق من الأمن كما سبق القول وهو يبعث على الطمأنينة وزوال الخوف؛ ومعلوم أنه إذا حصلت الثقة في الذمة المالية للشخص بالبطاقة التي يحملها كانت سبباً وباعثاً على مداينته وإقراضه، قال الله تعالى في الدين: (فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ)[7]{بمعنى أن يكون عند ظن الدائن به وأمنه وائتمانه وبطاقة الائتمان تأتمن فيها الجهة المصدرة للبطاقة الشخص الممنوحة له على تأدية الحق الذي اؤتمن عليه، ويصير له بموجب ذلك حق الاستدانة بها وفقاً للاتفاقية المبرمة بينهما.

وعليه فإن القول بأن الائتمان معناه القدرة على الإقراض كما ذهب إليه بعض العلماء[8] يحتاج لإعادة نظر لأن القرض نتيجة تابعة للائتمان، وليس الائتمان قرضاً وإنما هو الثقة والأمان والطمأنينة والائتمان هو: "التزام يقطعه مصرف لمن يطلب منه أن يجيز له استعمال مال معين نظراً للثقة التي يشعر بها نحوه"[9].

ومما يؤيد ذلك وجود فروق كثيرة بين الائتمان والقرض منها:

1- أن المقترض يعطى المال مباشرة، وفي الائتمان يُعطى الشخص القدرة على قضاء حوائجه دون دفع الثمن ثقة منه على أن يسدد في وقت لاحق.

2- أن مبلغ القرض يثبت في ذمة المقترض كاملاً حين قبضه، أما في الائتمان فإنه لا يثبت في ذمته من المبلغ إلا ما تم صرفه فعلاً.

3- معنى القرض غير الائتمان في اللغة[10].

المطلب الثاني: أنواع بطاقات الائتمان وخصائص كل نوع

تتنوع بطاقات الائتمان باعتبارات عدة.

فباعتبار المنظمة العالمية المتخصصة التي تشرف على إصدارها والمتداولة في السوق العالمي توجد بطاقة الفيزا كارد، والماستركارد، والإيروكارد، والأمريكان اكسبرس، وبطاقة

---

(6) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (10/46) الدورة السابعة، سنة 1992م.

(7) سورة البقرة: 283.

(8) د. أبو سليمان، عبد الوهاب، البطاقات البنكية ص23 ود. الزحيلي، وهبة، بطاقات الائتمان.

(9) د. القري، محمد علي، بطاقات الائتمان غير المغطاة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 12، (ج530/3).

(10) عبد الرحمن الحجي، البطاقات المصرفية، رسالة ماجستير ص39.

الداينرز ولإصدار هذه البطاقات تقوم البنوك بالاشتراك في عضوية إحدى هذه المنظمات العالمية المتخصصة مما يمكنها من إصدار أشكال متعددة من البطاقات تأخذ فيها بعين الاعتبار متطلبات عملائها وأنظمتها الداخلية والالتزام بالقواعد العامة الصادرة عن المنظمة العالمية التي تم الانضواء تحتها.

ومن حيث المزايا والخدمات التي يتمتع بها حامل البطاقة فهناك البطاقة المحلية والبطاقة الفضية والبطاقة الذهبية.

ومهما كان نوع البطاقة (محلية، فضية، ذهبية) فإن حاملها يستطيع استخدامها بعمليات الشراء لدى التجار والمؤسسات التجارية الخدمية وكذلك بعمليات السحب النقدي من خلال الفروع التابعة للبنوك الأعضاء أو من خلال أجهزة الصرف الآلي التابعة لتلك البنوك وفق أسس وضوابط من حيث سياسة التمويل التي يتم الاتفاق عليها بين حامل البطاقة والبنك وتختلف من عميل لآخر ومن بنك لآخر.

وزيادة في التوضيح فإن بطاقة الأمريكان اكسبرس مثلاً لها ثلاثة أنواع: بطاقة الأمريكان اكسبرس الخضراء وبطاقة اكسبرس الذهبية وتمنح للعملاء الذين يتمتعون بكفاءة مالية عالية وتتميز بتسهيلات للعميل غير محددة بسقف ائتماني معين وبطاقة أمريكان الماسية وتمنح بتسهيلات أكثر من سابقتها، ومن البطاقات المشهورة أيضاً بطاقة الفيزا وهي ثلاثة أنواع: بطاقة فيزا الكترون وهي بطاقة عادية تستخدم في أجهزة الصرف الآلي الدولية، وبطاقة الفيزا الفضية وهي ذات حدود ائتمانية منخفضة نسبياً تمنح لأغلب العملاء وبطاقة الفيزا الذهبية وهي ذات حدود ائتمانية عالية نسبياً وتمنح للعملاء ذوي الكفاءة المالية العالية[11].

ومن حيث الائتمان فللبطاقة ثلاثة أنواع هي:

- بطاقة الخصم الفوري BEBiT CARD
- بطاقة الائتمان والحسم الآجل CHARGE CARD
- بطاقة الائتمان المتجدد CREDIT CARD

ولما كانت هذه الأنواع الثلاثة هي محل الدراسة من حيث بيان حكمها شرعاً فيحسن أن نعرض لبيان خصائص كل نوع منها.

---

(11) د. محمد علي القري: بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (24/ج379/1)، ود. علاء الزعتري: الخدمات المصرفية ص564 ود. عبد الوهاب أبو سليمان: البطاقات البنكية، ص33، 83.

النوع الأول: بطاقة الخصم الفوري وخصائصها:

لا تعتبر هذه البطاقة من البطاقات الائتمانية لأن البنك المصدر لها لا يقدم لحاملها أي قرض ولا يحتسب عليها أي فوائد فيصدرها البنك لمن له رصيد في حسابه، وهي تخول حاملها السحب أو تسديد أثمان السلع والخدمات بقدر رصيده المتاح ويتم الحسم منه فوراً ولا تخوله الحصول على ائتمان، وفي المقابل لا يتحمل العميل رسوماً مقابل استخدامه هذه البطاقة غالباً إلا في حال سحب العميل نقداً، وشرائه عملة أخرى عن طريق مؤسسة أخرى غير المؤسسة المصدرة للبطاقة. وتتقاضى بعض المؤسسات من قابل البطاقة (التاجر) نسبة من أثمان المشتريات أو الخدمات وعليه فإن هذه البطاقة تعتبر أداة وفاء وليست أداة ائتمان.

ومن الأمثلة على هذا النوع بطاقة الصراف الآلي A.T.M التي تصدر للعملاء الذين يحتفظون بحسابات جارية أو توفير استثماري لدى البنك المصدر للبطاقة، ويستطيع حامل البطاقة استخدامها على مدار الساعة للسحب النقدي من خلال الأجهزة التابعة للبنك المصدر في الغالب، أو من خلال جميع الأجهزة التابعة للبنوك المشتركة في شبكة اتصال موحدة، ويمكن استخدامها لدى التجار الذين لديهم أجهزة POS (Point Of Sale Terminal)[12].

وقد نصت المعايير الشرعية في المعيار الشرعي رقم (2) على خصائص بطاقة الحسم الفوري وحكمها الشرعي حيث جاء فيها:

أ- تصدر هذه البطاقة من المؤسسة لمن له رصيد في حسابه.

ب- تخول هذه البطاقة لحاملها السحب أو تسديد أثمان السلع والخدمات بقدر رصيده المتاح ويتم الحسم منه فوراً، ولا تخوله الحصول على ائتمان.

جـ- لا يتحمل العميل رسوماً مقابل استخدامه هذه البطاقة غالباً إلا في حال سحب العميل نقداً، أو شرائه عملة أخرى عن طريق مؤسسة أخرى غير المؤسسة المصدرة للبطاقة.

د- تصدر هذه البطاقة برسم أو بدونه.

هـ- تتعاطى بعض المؤسسات من قابل البطاقة نسبة من أثمان المشتريات أو الخدمات.

وحكم إصدار هذه البطاقة والتعامل بها: أنه يجوز للمؤسسات إصدار بطاقة الحسم الفوري ما دام حاملها يسحب من رصيده ولا يترتب على التعامل فيها فائدة ربوية.

---

(12) د. عبد الوهاب أبو سلمان: البطاقات البنكية ص83-84، د. صديق الضرير، بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 12 ص592.

النوع الثاني: بطاقة الائتمان والحسم الأجل (بطاقة الاعتماد والحسم الشهري) وخصائصها:

تعتبر هذه البطاقة أداة ائتمان في حدود سقف معين لفترة محددة كشهر مثلاً ولذا لا يلزم لإصدارها أن يكون لحاملها رصيد سابق لأنه يحصل عند كل استخدام لها على قرض بقيمة مشترياته وفي المؤسسات الإسلامية يكون القرض بدون فائدة وفي حالة عدم السداد يسحب البنك المصدر البطاقة من العميل ويلغي عضويته.

كما تعتبر هذه البطاقة أداة وفاء لأن حاملها يستطيع أن يستعملها في تسديد أثمان السلع والخدمات في الحصول على النقد، ولا يتقاضى البنك أو المؤسسة المصدرة للبطاقة أي نسبة من حامل البطاقة على المشتريات والخدمات ولكنها تحصل على نسبة معينة (عمولة) من قابل البطاقة على مبيعاته أو خدماته التي تمت بالبطاقة وتلزم المؤسسة المصدرة للبطاقة في حدود سقف الائتمان للجهة القابلة للبطاقة بسداد أثمان السلع والخدمات.

وهذا الالتزام بتسديد أثمان المبيعات والخدمات شخصي ومباشر بعيداً عن علاقة الجهة القابلة للبطاقة بحامل البطاقة، كما أن للمؤسسة المصدرة للبطاقة حق شخصي ومباشر قبل حامل البطاقة في استرداد ما دفعته عنه، وحقها في ذلك مجرد ومستقل عن العلاقة الناشئة بين حامل البطاقة والجهة القابلة لها بموجب العقد المبرم بينهما وبمعنى آخر فإن المؤسسة لها حق الرجوع عليه بالثمن ولو تبين فيما بعد أن البضاعة معيبة[13].

وقد نصت المعايير الشرعية في المعيار رقم(2) على خصائص بطاقة الائتمان والحسم الأجل حيث جاء فيها:

أ- هذه بطاقة أداة ائتمان في حدود سقف معين لفترة محددة وهي أداة وفاء أيضاً.

ب- تستعمل هذه البطاقة في تسديد أثمان السلع والخدمات وفي الحصول على النقد.

جـ- لا يتيح نظام هذه البطاقة تسهيلات ائتمانية متجددة لحاملها حيث يتعين عليه المبادرة بسداد ثمن مشترياته خلال الفترة المحددة عند تسلمه الكشوف المرسلة إليه من المؤسسة.

د- إذا تأخر حامل البطاقة في تسديد ما عليه بعد الفترة المسموح بها يترتب عليه فوائد ربوية، أما المؤسسات الإسلامية فلا ترتب فوائد ربوية.

(13) د. عبد الوهاب ابو سليمان، البطاقات البنكية ص74-75، ود. علاء الزعتري: الخدمات المصرفية ص565، ود. عبد الستار ابو غدة، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 12ص468 والحلقة الفقهية السادسة الخاصة ببطاقات الائتمان ومواضيع التأمين المنعقدة في عمان/ الأردن من 16-1996/7/17م.

هـ- لا تتقاضى المؤسسة المصدرة للبطاقة أية نسبة من حامل البطاقة على المشتريات والخدمات ولكنها تحصل على نسبة معينة (عمولة) من قابل البطاقة على مبيعاته أو خدماته التي تمت بالبطاقة وتلزم المؤسسة في حدود سقف ائتمان (وبالزيادة الموافق عليها) للجهة القابلة للبطاقة بسداد أثمان السلع والخدمات، وهذا الالتزام بتسديد أثمان المبيعات والخدمات شخصي ومباشر وبعيداً عن علاقة الجهة القابلة للبطاقة بحامل البطاقة.

و- للمؤسسة المصدرة للبطاقة حق شخصي ومباشر قبل حامل البطاقة في استرداد ما دفعته عنه، وحقها في ذلك حق مجرد ومستقل عن العلاقة الناشئة بين حامل البطاقة والجهة القابلة لها بموجب العقد المبرم بينهما.

وحكم إصدار هذه البطاقة والتعامل بها:

يجوز إصدار بطاقة الائتمان والحسم الأجل بالشروط الآتية:

أ- ألا يشترط على حامل البطاقة فوائد ربوية في حال تأخره عن سداد المبالغ المستحقة عليه.

ب- في حالة إلزام المؤسسة حامل البطاقة بإيداع مبلغ نقدي ضماناً لا يمكن لحامل البطاقة التصرف فيه يجب النص على أنها تستثمره لصالحه على وجه المضاربة مع اقتسام الربح بينه وبين المؤسسة بحسب النسبة المحددة.

جـ- أن تشترط المؤسسة على حامل البطاقة عدم التعامل بها فيما حرمته الشريعة، وأنه يحق للمؤسسة سحب البطاقة في تلك الحالة[14].

النوع الثالث: بطاقة الائتمان المتجدد وخصائصها:

هذه البطاقة تشبه بطاقة الائتمان والحسم الأجل فهي أداة ائتمان ووفاء، ولا يلزم لإصدارها أن يكون لحاملها رصيد سابق، لأنه يحصل عند كل استخدام لها على قرض بقيمة مشترياته، وفي حالة وجود حساب للعميل لا يشترط توافر رصيد لخصم ما عليه من مبالغ الاستخدام، ويعطى للعميل حداً أعلى للصرف، وله أن يسدد فوراً أو على أقساط شهرية لأي نسبة يراها مناسبة وبحد أدنى يحدده البنك المصدر وتحتسب على العميل فوائد على إجمالي المبالغ غير المسددة وكما ذكرنا في بطاقة الاعتماد والحسم الشهري أن البنك لا يتقاضى أية نسبة من حامل البطاقة على المشتريات والخدمات ولكنه يحصل على نسبة معينة (عمولة) من

(14) هيئة المحاسبة و المراجعة: المعايير الشرعية، معيار بطاقة الائتمان، المعيار رقم 2.

قابل البطاقة على مبيعاته أو خدماته التي تمت بالبطاقة، والتزام المؤسسة أو البنك بتسديد أثمان المبيعات أو الخدمات شخصي ومباشر بعيداً عن علاقة الجهة القابلة للبطاقة بحامل البطاقة، كما أن للمؤسسة المصدرة للبطاقة حق شخصي ومباشر قبل حامل البطاقة في استرداد ما دفعته عنه، وحقها في ذلك مجرد ومستقل عن العلاقة الناشئة بين حامل البطاقة والجهة القابلة لها بموجب العقد المبرم بينهما.

ويلاحظ أنه في جميع أنواع البطاقات ليس هناك فروق بينها بالنسبة لعلاقة حامل البطاقة والتاجر ولكن يوجد فروق واضحة بينها في العلاقة بين حامل البطاقة والبنك المصدر لها، كما أن العلاقة بين التاجر والبنك المصدر للبطاقة واحدة في جميع أنواع البطاقات[15].

وقد نصت المعايير الشرعية في المعيار رقم(2) على خصائص بطاقة الائتمان المتجدد على النحو الآتي:

أ- هذه البطاقة أداة ائتمان في حدود سقف متجدد على فترات يحددها مصدر البطاقة وهي أداة وفاء أيضاً.

ب- يستطيع حاملها تسديد أثمان السلع والخدمات والسحب نقداً في حدود سقف الائتمان الممنوح.

جـ- في حالة الشراء للسلع أو الحصول على الخدمات يمنح حاملها فترة سماح يسدد خلالها المستحق عليه بدون فوائد، كما تسمح له بتأجيل السداد خلال فترة محددة مع ترتب فوائد عليه، أما في حالة السحب النقدي فلا يمنح حاملها فترة سماح.

د- ينطبق على هذه البطاقة ما جاء في البند 2/2، هـ، و، ز من خصائص بطاقة الائتمان والحسم الآجل كما وردت في المعايير الشرعية[16].

(15) أبو غدة، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، ص468، و أعمال الحلقة الفقهية السادسة الخاصة ببطاقات الائتمان، عمان الأردن من 16-1996/17.

(16) نصت المعايير الشرعية في الفقرات المذكورة هـ، و، ز على ما يلي:

(هـ) لا تتقاضى المؤسسة المصدرة للبطاقة أية نسبة من حامل البطاقة على المشتريات والخدمات، ولكنها تحصل على نسبة معينة (عمولة) من قابل البطاقة على مبيعاته أو خدماته التي تمت بالبطاقة.

(و) تلتزم المؤسسة في حدود سقف الائتمان (وبالزيادة الموافق عليها) للجهة القابلة للبطاقة بسداد أثمان السلع والخدمات، وهذا الالتزام بتسديد أثمان المبيعات والخدمات وشخصي ومباشر بعيداً عن علاقة الجهة القابلة للبطاقة بحامل البطاقة.

(ز) للمؤسسة المصدرة للبطاقة حق شخصي ومباشر قبل حامل البطاقة في استرداد ما دفعته عنه، وحقها في ذلك حق مجرد ومستقل عن العلاقة الناشئة بين حامل البطاقة والجهة القابلة لها بموجب العقد المبرم بينهما.

حكم إصدار هذه البطاقة والتعامل بها:-

لا يجوز للمؤسسات إصدار بطاقات الائتمان ذات الدين المتجدد الذي يسدده حامل البطاقة على أقساط آجلة بفوائد ربوية.

المبحث الثاني: أطراف بطاقات الائتمان والعلاقة بينها وتكييفها الشرعي

الأطراف ذات الصلة ببطاقة الائتمان خمسة هي:

المنظمة العالمية، البنك المصدر للبطاقة، حامل البطاقة، البنك التاجر، المؤسسة التجارية (التاجر) وهذا تعريف موجز بها:

المطلب الأول: التعريف بأطراف العلاقة

أولاً: المنظمة العالمية:

وهي هيئة أو منظمة عالمية تملك العلامة التجارية للبطاقة، الأعضاء فيها هم البنوك والمؤسسات المالية التي تصدر البطاقة، والهدف الرئيس لهذه المنظمات هو تزويد الأعضاء بالخبرة الفنية والإدارية في إدارة نشاط إصدار البطاقات وتقديم الخدمات المختلفة لهم بسعر التكلفة لتسهيل معاملاتهم ومن أهم الخدمات التي تقدمها:

- التوسط بين الأعضاء بشأن الاتصالات والمراسلات وعمليات المقاصة والتسويات وعمليات التفويض فضلاً عن قيامها بإيجاد الحلول المناسبة لتسوية المشكلات التي قد تحدث بين الأعضاء.

- تطوير النظام بما يتمشى والتقدم العلمي والتكنولوجي[17].

وتغطي المنظمة العالمية مصاريفها من خلال:

1- إيرادات الاشتراكات (العضوية) للبنوك الأعضاء.

2-الإيرادات وريعها المتكونة من تشغيل الاشتراكات ورسوم التاسيس وثمن بعض البرامج.

3- رسوم بعض الخدمات.

4- فروق العملة[18].

(17) الحلقة الفقهية السادسة: بطاقات الائتمان ومواضيع التامين، عمان، الأردن، سنة 1996م.

(18) المرجع السابق.

ثانياً: البنك المصدر للبطاقة:

وهو البنك أو المؤسسة المالية التي تقوم بإصدار البطاقة بناء على ترخيص معتمد من المنظمة العالمية حيث إن هذه الأخيرة تقوم بدراسة طلبات تلك المؤسسات التي ترغب بإصدار بطاقة خاصة بها وتقرر قبولها أو رفضها بعد تقييم مركزها المالي.

وبعد الحصول على الموافقة تقوم المؤسسة بإصدار البطاقة وتسويقها لمن يرغب في استخدامها من العملاء وفقاً لما يتناسب مع متطلبات عملائها والأنظمة الداخلية للبنك دون أي تدخل من المنظمة العالمية، ويلتزم البنك المصدر أمام المنظمة العالمية باحترام الأنظمة[19].

ثالثاً: البنك التاجر:

هو البنك أو المؤسسة المالية التي تقوم بالترويج لاستخدام البطاقة من قبل أصحاب المتاجر والخدمات، وهي الجهة التي تتولى التعاقد معهم لتخويلهم بقبول البطاقة أينما كان مصدرها ومن أي بلد في العالم، وتقدم لهم الأجهزة اللازمة وكل ما يحتاجونه من بيانات ومعلومات.

ويقوم البنك التاجر بدفع فواتير البيع للتجار ومتابعة تحصيلها من البنوك المصدرة للبطاقة مقابل عمولة مقررة متفق عليها بين الطرفين (البنك التاجر، والتاجر الذي يقبل استخدام البطاقة). وينبغي أن يتم اعتماد البنك التاجر من قبل المنظمة العالمية للقيام بهذه المهمة، وقد يكون البنك التاجر هو نفس البنك المصدر للبطاقة[20].

رابعاً: المؤسسة التجارية:

وهي الجهة التي تقبل استخدام البطاقة من حاملها فتقدم السلع والخدمات التي يطلبها حامل البطاقة.

خامساً: حامل البطاقة:

وهو حامل البطاقة الذي صدرت البطاقة باسمه أو خُوِّل باستخدامها ويلتزم لمصدر البطاقة بالوفاء بكل ما ينشأ عن استعماله لها.

المطلب الثاني: العلاقة بين الأطراف وتكييفها الشرعي

أولاً: العلاقة بين المنظمة العالمية والبنوك الأعضاء وتكييفها شرعاً

يجوز انضمام المؤسسات إلى عضوية المنظمات العالمية الراعية للبطاقات، لأن عقود المؤسسات مع تلك المنظمات خالية من المخالفات الشرعية، وما تدفعه المؤسسات من رسوم هو

(19) أبو غدة، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 12.

(20) الحلقة الفقهية السادسة لبطاقات الائتمان، عمان، 1996.

أجرة الخدمات المقدمة إليها من قبل المنظمات العالمية مقابل منح التراخيص وإجراء عمليات المقاصة وغيرها، فلا يوجد في العمليات إقراض بفوائد، مع ملاحظة أن تعامل المؤسسات إنما هو في بطاقة الحسم الفوري وبطاقة الائتمان والحسم الآجل الخالية من اشتراط بفائدة، لا ببطاقة الائتمان المتجدد[21].

فبالنسبة لما سبق تكون العلاقة بين المنظمة العالمية والبنوك الأعضاء هي الإجارة وقد نص المعيار رقم (2) من المعايير الشرعية البند رقم 1/4 على ما يلي:

أ- يجوز للمؤسسات الانضمام إلى عضوية المنظمات العالمية الراعية للبطاقات بشرط أن تجتنب المخالفات الشرعية التي قد تشترطها تلك المنظمات.

ب- يجوز للمؤسسات أن تدفع للمنظمات العالمية الراعية للبطاقات رسوم اشتراك واجور خدمات وغيرها من الرسوم ما لم تشتمل على فوائد ربوية ولو كانت غير مباشرة، مثل: أن تتضمن الأجرة زيادة نظير الائتمان.

ومن الأعمال التي تقوم بها المنظمة العالمية بالإضافة إلى الأعمال السابقة والتي توضح العلاقة بين المؤسسات المالية الأعضاء والمنظمة العالمية أنها تقوم بالمطالبة وإعادة المطالبة الناتجة عن الأخطاء في قيد العملية مثل الخطأ في المبلغ الذي تم قيده على عملية الشراء أو السحب أو المطالبة الناتجة عن عدم اعتراف العميل بالعملية كلها ففي الصور السابقة يقوم البنك المصدر للبطاقة بناء على طلب العميل بمطالبة التاجر عن طريق المنظمة العالمية.

وقد تتم المطالبة من البنك المصدر للبطاقة إذا اكتشف وجود خطأ ما كأن يكون المبلغ وخصمه أكبر من القيمة الحقيقية للشراء أو السحب أو وجود حركات مالية وهمية لم يقم العميل بتنفيذها أصلاً وتتم هذه المطالبة عن طريق المنظمة العالمية ففي كل هذه الحالات تكون المنظمة وكيلاً عن البنك في المطالبات، ومن المعلوم أن الوكالة بأجر جائزة شرعاً[22].

ثانياً: العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة وحامل البطاقة وتكييفها الشرعي

يقوم البنك العضو في المنظمة بإصدار أنواع مختلفة من البطاقات بناء على طلب العملاء مقابل رسم اشتراك سنوي يدفعه العميل وتكون عادة لمدة سنة أو سنتين وهذه الرسوم هي رسوم العضوية تدفع لمرة واحدة عند تقديم الطلب ورسوم التجديد عند تجديد صلاحية البطاقة ورسوم الاستبدال عند ضياع البطاقة أو تلفها وهذه الرسوم والعمولات هي أجرة نظير الخدمات والتسهيلات التي يقدمها البنك للعميل، وقد تختلف قيمة هذه الرسوم من بطاقة إلى

(21) المعايير الشرعية، ملحق (ب) بند رقم (4).

(22) المعايير الشرعية ملحق (ب) بند رقم (4).

أخرى بحسب تنوع المزايا والخدمات المقدمة، ولا شك في أن اختلاف رسوم البطاقات حسب الخدمات الفعلية الحقيقية التي يقدمها البنك جائز شرعاً، حيث جاء في المعايير الشرعية: ((يجوز للمؤسسة المصدرة للبطاقة أن تتقاضى من حامل البطاقة رسم عضوية ورسم تجديد ورسم استبدال))[23]، وأما اختلاف رسوم البطاقات حسب المبالغ التي يسمح بسحبها فإن هذه الرسوم تكون مدخلاً إلى الربا فتكون محرمة، وكذلك إذا زيدت الرسوم مقابل الآجال المسموح بعدم السداد فيها فتكون محرمة لأنها زيادة مقابل الأجل وهي ربا.

جاء في المعايير الشرعية المعيار: ((يجوز للمؤسسة المصدرة للبطاقة أن تفرض رسماً مقطوعاً متناسباً مع خدمة السحب النقدي، وليس مرتبطاً بمقدار المبلغ المسحوب))[24] ولكل عضو سياسته الخاصة به يضعها بالتنسيق مع المنظمة وتتضمن الشروط والأحكام التي تنظم علاقة البنك المصدر بحامل البطاقة، وتشترك جميع البطاقات في كونها تنشئ التزاماً من البنك المصدر بالدفع الفوري لقيمة الفواتير المستحقة لأصحاب المحلات والخدمات من جراء استخدام البطاقة مع رجوع البنك المصدر على عميله حامل البطاقة لتحصيل المبالغ المدفوعة عنه.

ولما كانت بطاقة الائتمان المتجدد التي يترتب عليها دفع فوائد ربوية غير جائزة شرعاً كما سبق القول. فإننا في غنىً عن تكييف العلاقة فيها وإنما سنتحدث عن التزام العميل حامل البطاقة من النوعين الأول والثاني (بطاقة السحب الفوري وبطاقة الائتمان والحسم الآجل) تجاه البنك المصدر لهاتين البطاقتين لنحدد على ضوئها التكييف الشرعي لتلك الالتزامات.

1- يلتزم العميل بإيداع مبلغ مالي يتفق عليه مع البنك المصدر يتناسب مع الحد الأعلى للائتمان المسموح له باستخدام البطاقة كما هو الحال في بطاقة الحسم الفوري وبعض بطاقات الائتمان الشهري وفي هذه الحال يقوم البنك بالسحب مباشرة من الحساب لسداد مستحقاته.

والعلاقة هنا بين العميل والبنك هي حوالة فالبنك المصدر محال عليه وحامل البطاقة محيل والتاجر محال.

ولما كانت الحوالة جائزة شرعاً فإن هذه الصورة جائزة شرعاً.

2- التزام العميل حامل البطاقة بدفع تأمين نقدي يبقى تحت يد البنك المصدر طوال فترة استمرار العضوية كضمان لحقوق الغير أو البنك المصدر، وهذا الالتزام لم يعد منتشراً

(23) المعايير الشرعية: المعيار رقم (2) البند 3/4.

(24) المعايير الشرعية: المعيار رقم (2) البند 5/4 الفقرة (ب).

لأنه يفرض على حامل البطاقة أن يدفع مبلغ تأمين نقدي إضافة إلى المبلغ المودع لدى البنك المصدر.

ففي هذه الحالة يتعين أن تكون هذه المبالغ المودعة من العميل في البنك على اساس المضاربة ولا يجوز أن يستثمرها البنك لصالحه لأنه يكون في مقابل إقراض البنك له ثمن السلع أو الخدمات وكل قرض جر نفعاً فهو ربا[25].

3- التزام العميل حامل البطاقة بسداد كامل المستحقات المطلوبة منه خلال فترة محددة دون تحميله أي فوائد ربوية (بطاقة الحسم الشهري) ويتحمل البنك المصدر المستحقات بحامل البطاقة حيث يكون حسابه مكشوفاً، ولكن البنك لا يأخذ مقابل ذلك أي فوائد ربوية.

والعلاقة في هذه الحال هي القرض الحسن حيث يقرض البنك العميل المبالغ التي دفعها ثمناً للمستحقات عليه.

كما أن بين العميل حامل البطاقة والبنك المصدر علاقة حوالة فالعميل محيل والبنك المصدر محال عليه أو هي علاقة كفالة فالبنك المصدر كفيل بالدفع لأثمان المستحقات عليه، وفي الحالتين (الحوالة، الكفالة) لا يجوز للبنك المصدر أن يأخذ أية مبالغ مالية لأنها ستكون ربا عملاً بالضابط الفقهي (كل قرض جر نفعاً فهو ربا).

4- التزام العميل حامل البطاقة بتقديم بعض الضمانات في حالة إعطاء البنك المصدر للعميل فترة سماح لسداد المستحقات المطلوبة منه (بطاقة الحسم الشهري) مثل الودائع والحسابات والأموال الموجودة لحامل البطاقة في البنك وتكون هذه الأموال مرهونة رهناً حيازياً ضماناً للوفاء بجميع المبالغ المستحقة، أو أن يقدم كفيلاً ويكون مسئولاً مسئولية تضامنية مع حامل البطاقة ولا ينتهي مفعول هذه الكفالة إلا بعد الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة عن استخدامات البطاقة وهذا الالتزام أصبح نادراً لكونه يعتبر من الشروط غير التنافسية في السوق والعلاقة بين العمل والبنك المصدر في هذه الصورة هي الكفالة أو الرهن ويشترط أن لا يأخذ المصرف أية مبالغ مالية على ما يدفعه عن العميل من مستحقات لأنه يكون من قبيل القرض الذي جر نفعاً.

5- التزام العميل بتسوية الحسابات المستحقة عليه مع البنك المصدر للبطاقة إذا اشترى العميل بالبطاقة بالعملة المحلية سلعة أو خدمة فإن البنك المصدر للبطاقة يدفع للبنك التاجر أو التاجر عند المطالبة المبالغ المستحقة على عميله ولا يستوفي من العميل أية مبالغ مالية وتعتبر العملية حوالة في حال وجود رصيد للعميل (بطاقة السحب الفوري) وتعتبر العملية حوالة أو كفالة في حال عدم وجود رصيد للعميل (بطاقة الائتمان الشهري) ويكون البنك

(25) المعايير الشرعية: المعيار رقم (2) ملحق (ب) رقم (9).

المصدر مقرضاً للعميل إذا قلنا إنها حوالة وكفيلاً إذا لم نكيفها على أنها حوالة، وفي الحالتين لا يجوز للبنك أن يستوفي أية مبالغ مالية.

سعر الصرف عند التسوية:

أما إذا اشترى العميل بالبطاقة ما يلزم دفعه بعملات أجنبية كالدولار مثلاً فإن البنك المصدر للبطاقة يقوم بتحويل ما دفعه بالدولار إلى ما يقابله بالعملة المحلية وهذا يقتضي أن نراعي أحكام الصرف في العملات ولكن متى تعتبر عملية الصرف؟ هل تعتبر يوم قيد المشتريات أو الخدمات على حساب العميل حامل البطاقة وهذا ما ذهبت إليه هيئة الرقابة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار (البند رقم 7 من شروط وأحكام إصدار بطاقة لشركة الراجحي المصرفية) وذلك بناءً على أن العلاقة بين العميل والبنك المصدر هي الكفالة وهو ما ذهب إليه بيت التمويل التونسي السعودي، وذهبت هيئة الرقابة للبنك الإسلامي الأردني إلى اعتماد سعر الصرف السائد في التاريخ الذي تم فيه سداد القيمة من جانب البنك المصدر نيابة عن العميل حامل البطاقة (البند 8 من شروط وأحكام إصدار بطاقة البنك الإسلامي الأردني) وهذا بناء على ان العلاقة بين العميل أو البنك المصدر هي الوكالة.

وذهب بيت التمويل الكويتي إلى اعتماد سعر الصرف السائد في تاريخ استلام بيان المبالغ المستحقة من المنظمة العالمية (البند 6 من شروط وأحكام إصدار بطاقة بيت التمويل الكويتي) وبالإضافة لاحتسابه سعر الصرف السائد في تاريخ استلام البيان فهو يقوم باحتساب عمولة إضافية بنسبة 1% من قيمة المعاملة باعتبارها عمولة وخدمات لعملية الصرف.

وقد اختلفت وجهة نظر العلماء في هذه المسألة حيث يرى الدكتور حسين حامد حسان إلى أن العملية هي صرف في الذمة تمت فعلاً يوم شراء العميل للسلعة ولكن بسعر صرف يتم تحديده يوم الدفع بالعملة الأجنبية وهو ملتزم بدفع ما يقابله بالعملة المحلية... وهنا يمكن أن نعتبر أن عقد الصرف تم فعلاً عند الشراء، فهو اشترى بالدولار ليكون التسليم مثلاً بالريالات من واقع بطاقته ولكن بسعر صرف يتم تحديده يوم الدفع[26].

ويرى الشيخ محمد المختار السلامي أنه يجوز أن يحدد سعر الصرف في العقد حسب سوق لندن أو سوق أمريكا مع واحد في المائة عمولة وخدمات لعملية الصرف يوم الشراء.

ويرى د. علي السالوس أن يحسب سعر الصرف الوسطي بين سعر البيع وسعر الشراء لأن المفروض أن يكون سعر الصرف هو سعر البيع أو سعر الشراء وهنا يكون السعر الوسطي بينهما.

(26) الحلقة الفقهية الخامسة لمجموعة دلة البركة المنعقد بتاريخ 1996/1/13م.

وأما أخذ الواحد في المائة التي يأخذه بيت التمويل الكويتي عمولة وخدمات لعملية الصرف فلا مبرر له من الناحية الشرعية[27].

السحب النقدي بالبطاقة:

أما إذا استعمل العميل البطاقة في السحب النقدي فهل يجوز للبنوك المسحوب منها أن تأخذ عمولة (أو رسوماً) محددة في مقابل تمكينها حامل البطاقة من السحب سواء كانت تلك البنوك هي البنك المصدر للبطاقة أو غيره من البنوك الأعضاء في المنظمة العالمية؟، ولما كان البنك المصدر هو الذي يتولى في جميع الأحوال دفع العمولة (الرسوم) المستحقة للبنوك المسحوب منها بالإضافة إلى دفع أصل المبالغ النقدية لهم فإن البنك المصدر يقوم عادة بخصم هذه العمولة (الرسوم) من حساب عميله.

وقد اختلفت آراء العلماء المعاصرين في حكم أخذ العمولة (الرسوم) على السحب النقدي وتكييفها الشرعي نعرضها فيما يلي:

الرأي الأول: وقالت به الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي والبنك الإسلامي الأردني.

وخلاصته أن هذه العمولة عبارة عن رسم تحويل المبلغ إلى حامل البطاقة (حوالة بأجر) سواء تم الدفع من رصيد حامل البطاقة الإيجابي أو من حسابه المكشوف على سبيل القرض الحسن ورسم التحويل يجوز أن يكون مقطوعاً أو بنسبة مئوية من المبلغ شريطة ألا يرتبط بالأجل.

الرأي الثاني: وقالت به الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية حيث ترى أن العملية قرض من البنك المصدر للبطاقة أو من البنك الوكيل، والعمولة مقابل القرض ربا سواء كانت هي المصدرة للفيزا أو كانت الفيزا صادرة عن مؤسسة مالية أخرى، فإذا كانت الفيزا صادرة عن مؤسسة الراجحي وسجل لها مركز فيزا الدولي (المنظمة العالمية) رسوماً عنها فعلى الشركة (مؤسسة الراجحي) أن ترد الرسوم إلى حساب العميل.

أما إذا كانت الفيزا من مصدر آخر وسجل مركز الفيزا لشركة الراجحي رسوماً عن هذا القرض فعلى الشركة قيد هذه الرسوم في حساب الأعمال الخيرية خروجاً من شبهة الربا[28].

وقد نصت المعايير الشرعية في المعيار رقم (2) البند رقم 5/4 (ب): يجوز للمؤسسة

---

(27) المرجع السابق وانظر الحلقة الفقهية السادسة لمجموعة دلة البركة المنعقدة في عمان 16-1996/7/17م.

(28) القضاة: د.منصور، بطاقة الائتمان، تطبيقاتها المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 1998، و مجموعة بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي في العددين السابع و الثامن، سنة 1992،1994. و فيهما بحث كل من د. رفيق المصري، د. عبد الستار ابو غدة، د. نزيه حماد، د. وهبة الزحيلي، و الشيخ محمد مختار السلامي.

المصدرة للبطاقة أن تفرض رسماً مقطوعاً متناسباً مع خدمة السحب النقدي وليس مرتبطاً بمقدار المبلغ المسحوب[29].

ويلاحظ أن المعايير الشرعية رأت أن الرسم المقتطع هو من قبيل الأجرة على الخدمة المقدمة وينبغي أن يكون مقدار الأجرة متناسباً مع الخدمة المقدمة، وليس مرتبطاً بمقدار المبلغ المسحوب.

وما ذهبت إليه المعايير الشرعية أرجح وأولى بالاعتبار مما ورد في الرأيين السابقين.

شراء الذهب والفضة بالبطاقة

اختلفت آراء العلماء في حكم شراء الذهب والفضة بالبطاقة فذهب الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور علي السالوس إلى عدم الجواز لأن شرط التقابض غير متحقق فيها، لا سيما إذا لم يكن لحامل البطاقة حساب دائن فيه الرصيد الكافي لتغطية المبلغ المستحق، ولا يمكن القول بالقبض الحكمي كما هو الحال بالنسبة للشيك إذا كان له رصيد مضمون الدفع.

وأما هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي فقد رأت جواز استخدام البطاقة في شراء الذهب والفضة حيث ورد في نص الفتوى للهيئة على بعض الأسئلة التي وردت إليها: ((إن القسيمة التي يوقع عليها العميل حامل بطاقة فيزا تعتبر وسيلة دفع مؤكدة تصرف فوراً حال تقديمها إلى بنك التاجر، لهذا تخول التاجر الحصول على المبلغ فوراً مما يحقق شرط التقابض في بيع الذهب والفضة ويعتبر كالدفع بالشيكات وهو جائز شرعاً)). ويبدو أن البنك الإسلامي الأردني يتفق مع ما أخذ به بيت التمويل الكويتي[30].

وأرى رجحان هذا الرأي للتعليل السابق وهو ما نصت عليه المعايير الشرعية في المعيار رقم (2) البند4/4 وجاء فيه: ((يجوز شراء الذهب أو الفضة أو النقود ببطاقة الحسم الفوري كما يجوز ذلك ببطاقة الائتمان والحسم الآجل في الحالة التي يمكن فيها دفع المؤسسة المصدرة المبلغ إلى قابل البطاقة بدون أجل)).

حكم فرض غرامة مالية عند التأخير:

يلتزم العميل حامل البطاقة بتسديد ما عليه من مستحقات للبنك المصدر للبطاقة إذا كان للعميل حساب دائن يكفي لسداد المبالغ المستحقة ولكن إذا لم يكن له رصيد كاف فإن البنك المصدر يقوم بإقراضه قرضاً حسناً لأجل معين، فإذا تخلف العميل عن الوفاء بالقرض فماطل في السداد فما حكم فرض غرامة مالية عليه لتأخره عن السداد بحيث

(29) هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية و الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار رقم 2، البند رقم 5/4.

(30) القضاة: د.منصور، بطاقة الائتمان، تطبيقاتها المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 1998، و مجموعة بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي في العددين السابع و الثامن، سنة 1992، 1994. و فيهما بحث كل من د. رفيق المصري، د. عبد الستار ابو غدة، د. نزيه حماد، د. وهبة الزحيلي، و الشيخ محمد مختار السلامي.

تصرف في وجوه الخير العامة ولا يتمولها البنك لنفسه ابتعاداً عن شبهة الربا المحرم؟ وما حكم مطالبة العميل بالمصاريف الفعلية التي يدفعها البنك للحصول على حقه كرسوم التقاضي وأتعاب المحاماة؟

لقد نصت المعايير الشرعية على أنه لا يجوز اشتراط التعويض على المدين إذا تأخر عن الأداء، جاء في المعيار رقم (3) البند رقم 1/2: ((لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً أو عيناً وهو ما يسمى بالشرط الجزائي على المدين إذا تاخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة.

ولا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدين ويتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى وغيرها من المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيل أصل دينه[31].

أما التزام المدين بالتصدق بمبلغ أو نسبة بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر فإن ذلك جائز شرعاً وهو ما نصت عليه المعايير الشرعية في المعيار رقم (3) البند 1/2 فقرة (ح).

ثالثاً: العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر

لحامل البطاقة أن يستخدمها في شراء السلع والخدمات كما أن له استخدامها في السحب النقدي من أي بنك من البنوك الأعضاء في المنظمة أو من أجهزة الصراف الآلي التابعة لها.

فإذا استخدم البطاقة في شراء السلع أو الخدمات (كدفع أجور سيارة أو طائرة أو حجز فندق) فالتاجر يقوم بالتأكد من صلاحية البطاقة وهوية صاحبها ثم يقوم بتسجيل عملية البيع على الفاتورة (قسيمة الدفع) كما سبق القول ويعطى نسخة منها لحامل البطاقة ويرسل النسخة الثانية إلى البنك التاجر ويحتفظ بالنسخة الثالثة[32].

يلتزم العميل بتسديد قيمة مشترياته عند مطالبة البنك المصدر له بذلك وقد سبق بيان تكييف العلاقة في البند (5) من موضوع العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة وحامل البطاقة وإذا استخدم حامل البطاقة البطاقة في السحب النقدي أو شراء الذهب والفضة فله ذلك بشروط وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة بالتفصيل وبيان تكييفها الشرعي في البند (5) تحت عنوان السحب النقدي بالبطاقة وتحت عنوان شراء الذهب والفضة بالبطاقة فيرجع إليه.

---

(31) المراجع السابقة.

(32) القضاة: د.منصور، بطاقة الائتمان، تطبيقاتها المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 1998.

رابعاً: العلاقة بين التاجر والبنك التاجر (البنك المتعامل معه)

إن نظام البطاقات يقتضي وجود علاقة بين التجار الذي يقبلون البطاقة وأحد البنوك الأعضاء في المنظمة العالمية ويسمى هذا البنك بالبنك التاجر وقد يكون هو المصدر للبطاقة ويلتزم هذا البنك بسداد المبالغ المستحقة من جراء استخدام البطاقة كما يلتزم بتوفير ما يحتاجه التاجر من معلومات وبيانات والأجهزة اللازمة، فبعد قبول التاجر للبطاقة يصدر قسيمة يظهر فيها نوع الخدمة وتاريخها والمبلغ المطلوب ويسلم نسخة إلى العميل ويحتفظ بنسخة أخرى ويرسل أصل القسيمة إلى البنك الذي يتعامل معه (البنك التاجر) طالباً تحصيل قيمة القسيمة.

يقوم البنك التاجر بتحصيل قيمة القسيمة من مصدري البطاقة عن طريق نظام المقاصة والتسويات لدى المنظمة العالمية التي تتبع لها البطاقة.

ويستوفي البنك التاجر في مقابل ذلك عمولة يتفق عليها تتراوح بين 1% إلى 2%من قيمة الفاتورة وذلك بحسم هذه النسبة من قيمة قسيمة البيع أي أنها تحسم من قيمة البضاعة بناء على اتفاق مع التاجر وهذه العمولة تقسم مناصفة بين البنك التاجر والبنك المصدر للبطاقة وإذا كان البنك التاجر هو نفس البنك المصدر فإنه يأخذ العمولة كاملة.

وقد رأت الهيئة الشرعية لكل من البنك الإسلامي الأردني وبيت التمويل الكويتي والراجحي المصرفية جواز ذلك شرعاً باعتبارها أجر على وكالة حيث يقوم البنك التاجر بترويج التعامل مع التاجر وتأمين الزبائن وتحصيل الديون، وقد ذهب عدد من العلماء لتأييد هذا الرأي في الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي[33] وذلك لسببين:

الأول: ان المؤسسة المصدرة للبطاقة تقوم بخدمة للتجار من جلب الزبائن وغير ذلك من الترويج.

الثاني: أن سعر هذا الخصم يختلف غالباً عن سعر الفائدة السائدة في السوق وأنه يمكن أن تكييف على أنه أجرة السمسرة.

وذهب د. نزيه حماد إلى تكييفها على أنها جعالة فتكون جائزة شرعاً.

وذهب بعض العلماء إلى القول بعدم الجواز لأنها مماثلة لخصم الكمبيالة وهو ربا، ومنهم من قال بأنها أجرة على الكفالة وهي غير جائزة شرعاً[34].

---

(33) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ج1 ص675ـ بحث د. عبد الستار أبو غدة، بطاقة الائتمان و تكييفها الشرعي.

(34) نزيه حماد، بطاقات الائتمان، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، عدد 12.

وقد نصت المعايير في المعيار رقم (2)البند 2/4 على أنه: ((يجوز للمؤسسات المصدرة للبطاقة أن تتقاضى عمولة من قابل البطاقة (وهو التاجر) بنسبة من ثمن السلع والخدمات، وعللت ذلك عند بيانها لمستند الأحكام الشرعية بأنها من قبيل أجرة السمسرة والتسويق وأجر خدمة تحصيل الدين.

خامساً: العلاقة بين البنوك الأعضاء في المنظمة العالمية والمنظمة العالمية

سبق القول أن البنك التاجر يرسل قسيمة البيع إلى المنظمة العالمية لتسوية الحسابات وإجراء المقاصة ويرسل قسيمة السحب النقدي إلى المنظمة العالمية لمطالبة البنك المصدر للبطاقة بتسوية الحسابات. ففي جميع هذه الحالات يتم التحصيل من البنك المصدر عن طريق المنظمة العالمية ويودع في حساب البنك التاجر.

وقد يقوم البنك التاجر عند إرجاع العميل البضاعة للتاجر بإرسال بيانات قسيمة الدفع التي حررها التاجر لحامل البطاقة بقيمة البضاعة المرتجعة لخصمها من قسيمة البيع الأصلية.

وقد يحصل خطأ من البنك التاجر بتسجيله لعملية ما مرتين ثم يكتشف الأمر بنفسه وقد يكتشف الأمر البنك المصدر للبطاقة أو يكتشف ذلك العميل وقد يعترف البنك التاجر بالخطأ وقد لا يعترف بذلك فيلجأ إلى التحكيم من خلال المنظمة العالمية التي تبحث المشكلة وتصل إلى الحل المناسب ويترتب على هذه العمليات الالتزامات المالية التالية:

1- تدفع البنوك الأعضاء رسوماً وعمولات إلى المنظمة العالمية وقد سبق الحديث عن مشروعية هذه الرسوم.

ونصت المعايير الشرعية على جواز دفع هذه الرسوم في المعيار رقم (2) البنك 1/4 فقرة (ب).

((يجوز للمؤسسات أن تدفع للمنظمات العالمية الراعية للبطاقات رسوم اشتراك وأجور خدمات وغيرها من الرسوم ما لم تشتمل على فوائد ربوية ولو كانت غير مباشرة، مثل أن تتضمن الأجرة زيادة نظير الائتمان)).

2- عمولة تدفعها البنوك الأعضاء في المنظمة لبعضها وذلك إذا كان البنك التاجر عضواً في المنظمة والبنك المصدر عضواً في المنظمة كذلك وهذه العمولات هي نسبة الخصم التي يتم اقتطاعها من التاجر توزع بين البنك التاجر والبنك المصدر، وقد سبق الحديث عن تكييف هذه النسبة المتقطعة من التاجر.

3- عمولة تدفعها البنوك المصدرة للبطاقة لصالح البنك التاجر (والبنك الذي يتولى دفع المبالغ النقدية لحملة البطاقات عند قيامهم بالسحب النقدي منهم مباشرة أو عبر أجهزة الصرف الآلي التابعة لها حيث يقوم البنك المصدر بخصم هذه العمولة من حساب عميلة لهذا الغرض وقد سبق ذكر الحكم في هذه المسألة وبيان تكييفها الشرعي[35].

(35) المراجع السابقة.

مراجع الفصل التاسع

1- بدوي: د. احمد زكي، معجم المصطلحات التجارية والتعاونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م.

2- الترمذي: محمد بن عبد الرحمن المبار كفوري، جامع الترمذي، ط3، دار الفكر، 1979م.

3- الحجي: د. عبد الرحمن الحجي، البطاقات المصرفية، رسالة ماجستير.

4- ابن حنبل: الإمام أحمد بن حنبل، المسند، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999م.

5- الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1995.

6- الزحيلي: وهبه، البطاقات البنكية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه لسنة 1992م الإسلامي الدورة الثامنة، العدد الثامن، الجزء الثاني.

7- الزعتري: د. علاء الدين، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، 2002م.

8- أبو سليمان، د. عبد الوهاب أبو سليمان، البطاقات البنكية، ط3، دار القلم.

9- الضرير: د. صديق الضرير، بطاقات الائتمان مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثانية عشرة، العدد 12.

10- أبو غده: د. عبد الستار، بطاقات الائتمان، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 12 والحلقة الفقهية السادسة عمان، 1996م.

11- الفيروزأبادي: محي الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط1، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت بدون تاريخ.

12- قلعه جي: د. رواس، المعاملات المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ط1، 1999م، دار النفائس، بيروت.

13- القري: د. محمد علي، بطاقات الائتمان غير المغطاة بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 12.

14- القضاة: د. منصور، بطاقات الائتمان وتطبيقاتها المصرفية، رسالة ماجستير 1998م.

15- ابن ماجة، محمد بن يزيد، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1420هـ ، سنن ابن ماجه.

16- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة المجمع العدد السابع، الجزء الأول سنة 1992م. والعدد الثامن، الجزء الثاني، سنة 1994م. والعدد الثاني عشر

17- ابن منظور، محمد مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت.

18- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، 2010، المنامة، البحرين.

الفصل العاشر
وقف النقود و الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع

تمهيد في أهمية وقف النقود والأسهم والصكوك والحقوق

مقدمة: في تعريف التوقف لغة واصطلاحاً، وسبب اختلاف الفقهاء في شروط الوقف وتكييفه

المبحث الأول: في شروط الوقف التي لها علاقة مباشرة ببناء الحكم في المسائل المستجدة (لا في جميع الشروط تجنّباً للإطالة). وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في تأبيد الوقف.

المطلب الثاني: في وقف المنقول.

المطلب الثالث: في وقف المشاع.

خلاصةٌ في الموجهات المستفادة من مقاصد الشارع في الوقف وشروطه.

المبحث الثاني: في وقف النقود والاسهم والصكوك والحقوق والمنافع وذلك في أربعة مطالب.

المطلب الاول: في وقف النقود.

المطلب الثاني: في وقف الأسهم.

المطلب الثالث: في وقف الصكوك.

المطلب الرابع: في وقف الحقوق والمنافع.

الخاتمة: وتتضمن التوصيات.

تمهيد: في أهمية وقف النقود والأسهم والصكوك والحقوق

أعلت الشريعة الإسلامية من شأن الإنسان وكرّمته، وشرعت من الأحكام ما يحقق له السعادة في الدنيا والآخرة، وجعلت التكافل بين أبناء المجتمع سبيلاً من سبل تحقيقها؛ وذلك بتوفير البيئة المناسبة في إطار الأسرة والمجتمع، وسواء في ذلك البيئة الثقافية أو الاقتصادية أو الصحية أو الأمنية أو الوقائية.

وللتكافل سبله الوجوبية؛ كالزكاة والصدقات الواجبة، والاختيارية المندوبة، ومنها: الهبات والوصايا والوقف والصدقات المندوبة، ولمّا كان الوقف من أكثرها أثراً، وأعظمها ثواباً عند الله تعالى، فقد حرص المسلمون من السلف والخلف على إقامة بنيانه، وتنظيم أركانه وشروطه، حتى غدا معلَمَاً من معالم الحضارة الإسلامية عبر العصور، وكانت مقاصد الشارع من تشريعه هي قبلة الفقهاء من أئمة الاجتهاد وأتباعهم عند تقنين أحكامه.

ويمكن القول إنّ أحكام الوقف الإسلامي اجتهادية مرنة، تستجيب للتطورات والظروف التي تمرُّ بها المجتمعات مع مراعاتها لأحكام الشريعة الثابتة، يدلُّ لذلك تطور الوقف عبر العصور الإسلامية؛ فأجاز الفقهاء وقف المنقول وتوسعوا فيه، كما أجازوا وقف المشاع، وعملوا على التوفيق بين قولهم بوقف المنقول وتأبيد الوقف.

ولمّا اقتضت حاجة المجتمع القول بوقف النقود لما يعود عليه بالنفع؛ قال كثير من الفقهاء بوقف النقود، وعلى رأسهم شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-، كما أجازه فقهاء المالكية للسَّلَف، وهذا يدل على سعة إدراكهم لمقاصد التشريع ومراميه.

ولمّا كانت الظروف الاقتصادية في مفهوم الأموال قد اتسعت في زماننا، فوجدت الشركات المساهمة، وأُقرَّت أدوات استثمارية أخرى تُعتبر عصب الاقتصاد في زماننا؛ كالأسهم، والصكوك، والحقوق المالية والمنافع، كان من الواجب بيان الحكم الشرعي في وقف هذه الصيغ الاستثمارية، وذلك تعظيماً للوقف، وتنويعاً لمصادره، وإفساحاً لكثير من المحسنين لنيل الثواب بوقف شيء ممّا يملكونه، وقد أصبحت ملكية كثير من الناس لاتكون في العقار، وإنما في الأسهم، والصكوك، والحقوق المالية، والمنافع.

وقد تصدّى لبحث هذه المسائل عدد كبير من أهل العلم، وألَّفوا في ذلك الكتب، وكتبوا الأبحاث القيمة، وأقيمت مؤتمرات تبحث في هذا الأمر، وقد أتى كثير منهم على الغاية، ولا زال الأمر في حاجة إلى مزيد من البحث قَصْدَ التأييد والتثبُّت من الحكم في المسألة، وقد حاولت أن أدلي مع الزملاء بسهم، ولهم أجر السبق، وللقائمين على الأمر أجر القصد والعمل الصالح، خدمةً لديننا ومجتمعنا.

مقدمة في تعريف الوقف لغة واصطلاحاً:

الوقف لغة: مصدر وقف بمعنى حبس، ومنه قولهم: وقف الارض على المساكين أو للمساكين وقفاً: حبسها.[1] وقد وقفت الدابة بمعنى حبستها ومنعتها من السير، قال ابن فارس: الواو والقاف والفاء اصل واحد يدل على تمكث في شيء ثم يقاس عليه.. يقولون الذي يكون في شيء ثم ينزع عنه: قد أوقف[2]. وبه جاء الحديث: "إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها"[3].

وتستعمل كلمة الوقف مجازاً بمعنى الاطلاع أو الاحاطة تقول: وقفت على معنى كذا بمعنى اطلعت عليه، ووقفته على ذنبه بمعنى اطلعته عليه، وكما تستخدم في الحسيات تستخدم في المعنويات تقول: أن تترك وقف جهوده على فعل الخير بمعنى حصرها فيها، والفعل يستخدم في العربية لازماً ومتعدياً، أما أوقف فاستعمالها غير صحيح[4].

الوقف اصطلاحاً: عرّفه جمهور الفقهاء بألفاظ متقاربة في المعنى، وأدخل بعضهم الشروط في التعريف، ومن ذلك:

عرّفه الشافعية بأنه: "تحبيس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يُصرف في وجه خير تقرباً إلى الله تعالى" [5].

ويصح بناء على هذا وقف عقار ومنقول يقبل نقل الملك مع دوام الانتفاع به، ويشترط فيه التنجيز والتأييد.

وعرّفه المالكية بأنه: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديراً"[6].

وهذا التعريف يشمل المنفعة المتحصلة من العين سواء كانت العين مملوكة للواقف أم الغير كما أنه يدل على أن العين باقية على ملك الواقف.

وعرّفه بعض المالكية بأنه: "جعل منفعة مملوك أو غلته لمستحق بصيغة مدة مايراه المحبّس"[7].

---

(1) لسان العرب: ابن منظور(359/9)، والمعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية (1063/3).

(2) معجم مقاييس اللغة: ابن فارس 135/6.

(3) البخاري: الصحيح، باب الشروط في الوقف 982/2.

(4) القاموس المحيط للفيروز ابادي.

(5) تحرير الفاظ التنبيه: للنووي (ص 462) و تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي 235/6.

(6) مواهب الجليل شرح مختصر خليل: محمد الحطاب (18/6)

(7) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: احمد الصاوي (97/4).

ويفهم من تعريف المالكية للوقف انه لا يشترط في صيغته التنجيز ولا التأييد فيصح الوقف عندهم معلقاً كما يصح أن يكون مؤقتاً[8].

وعرّفه الحنابلة بأنه: "تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة أو المنفعة"[9].

وعرفه ابن قدامة بأنه: "تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرفه وغيره في رقبته بصرف ريعه إلى جهة بر" [10].

أمّا الحنفية فهو على رأي الإمام أبي حنيفة: "حبس العين على ملك الواقف، والتصرف بالمنفعة"[11].

وبهذا يكون الوقف عنده بمنزلة الإعارة، فالوقف عنده تبرع بالمنفعة فقط لأن العين محبوسة على ملك الواقف فله بيعها وهبتها والوصية بها واذا مات كانت جزءاً من تركته إلا في صور ثلاث[12].

وعند الصاحبين: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، فيلزم ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث" وهو المفتى به عند الحنفية[13]

ومن التعريفات السابقة يظهر التباين في بعض شروط صحة الوقف عند الفقهاء، مع اتفاقهم على أن الوقف عمل من أعمال البر التي يقصد بها التقرب إلى الله تعالى و تحصيل الأجر و المثوبة المترتبة على الصدقة الجارية الواردة في الحديث الصحيح (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له)[14]

ويمكن أن نجمل شروط الموقوف عند جمهور الفقهاء فيما يأتي:

الوقف عند جمهور الفقهاء (الشافعية و الحنابلة و صاحبي أبي حنيفة) يخرج الموقوف عن

---

(8) عقد الجواهر المنفية لابن شاس31/3-40 والحدود لابن عرفة مع شرحه للرصاع ص 411-412 والثمر الداني شرح رسالة ابي زيد القيرواني: صالح عبد السميع الابي ص 522.

(9) شرح منتهى الإرادات: منصور البهوتي (480/2).

(10) المغني: ابن قدامة 184/4.

(11) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم (202/2).

(12) هذه الصور: 1- ان يحكم فيه حاكم يقول بلزوم الوقف اذا نتوزع فيه. 2- ان يخرج الواقف وقفه مخرج الوصية كأن يقول اذا مت فارضي هذه صدقة فيأخذ حكم الوصية ويلزم الورثة.3- ان يقف ارضه مسجداً بأن يبنيه و يأذن للناس بالصلاة فيه، انظر بدائع الصنائع للكاساني 218/6.

(13) الفتاوى الهندية (355/2) والبحر الرائق (202/5).

(14) قال الزيلعي في نصب الراية: هذا الحديث رواه مسلم وابو داوود والنسائي في الوصايا والترمذي في الاحكام في الوقف من حديث العلاء بن عبد الرحمن عن ابيه عن ابي هريرة 159/3.

ملك الواقف ويرى أبو حنيفة و مالك أنه لا يخرجه عن ملك الواقف، و يشترط جمهور الفقهاء في الوقف التأبيد والتنجيز و الإلزام و لا يشترط ذلك المالكية.

ويشترط الحنفية في الموقوف أن يكون عقاراً، فلا يجوز وقف المنقول عندهم إلا تبعاً للعقار؛ كوقف المزرعة ببقرها، أو أن يكون المنقول ممّا ورد النص بجواز وقفه؛ كوقف السلاح والكراع في سبيل الله للنّص، أو جرت العادة بوقفه.

ويشترط عندهم قسمة الأرض المملوكة على سبيل الشيوع إذا أراد أحد الشركاء وقف حصته فيها على تفصيل سيأتي بيانه، ولا يجوز وقف المشاع ليكون مسجداً أو مقبرة إلا بعد الفرز[15].

ولا يشترط المالكية لجواز الوقف أن يكون المال الموقوف عقاراً؛ حيث يجوز عندهم وقف المنقول أيضاً، كما يجوز وقف المشاع[16].

وذهب الشافعية إلى اشتراط دوام الانتفاع بالموقوف، وتعتبر مدة الانتفاع لكل شيء بحسبه، فيجوز عندهم وقف المنقول بهذا الشرط، كما يجوز عندهم وقف المشاع[17].

ويشترط الحنابلة في الموقوف أن يكون عيناً معلومة يصح بيعها، ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها عرفاً، فيجوز وقف العقار كالأرض والبناء، ويجوز وقف المنقول إذا كانت له منفعة موجودة مقصودة كالحيوان، والأثاث للمسجد، والسلاح، والمصاحف، وكتب العلم، ويصح وقف المشاع من عين يصح وقفها[18].

سبب اختلاف الفقهاء في شروط الوقف وتكييفه:

ترجع اسباب اختلاف الفقهاء الرأي إلى أن الادلة من القران الكريم والسنة لم تذكر الاحكام التفصيلية للوقف وانما جاءت النصوص تحث على الصدقة الجارية والانفاق في وجوه البر وتحذر من الشح والبخل وقد ورد أن أبا طلحة لما سمع قول الله تعالى ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾آل عمران: ٩٢ قال: إن ربنا يسألنا عن أموالنا، فاشهدك يا رسول الله إني جعلت ارضي لله[19]

(15) البحر الرائق (202/5)، والفتاوى الهندية ((355/6).
(16) مواهب الجليل: للحطاب (20-81/5).
(17) مغني المحتاج: للشربيني (377/2).
(18) كشاف القناع: البهوتي (443/2)، والمغني: لابن قدامة (527,526,525/5).
(19) صحيح البخاري حديث رقم2752 وفتح البارى بشرح صحيح البخاري289/7.

كما أن الوقف ليس تعبدياً محضاً لا يعقل معناه وقد صنفه العز بن عبد السلام في الأمور المعقولة المعنى وهذا يجعل احكامه قابلة للنظر والاجتهاد تحقيقاً لمقصود الشارع من مشروعية الوقف وإذا تتبعنا الاحكام الخاصة بالوقف عند الفقهاء نجد أنها قد راعت الظروف الزمانية والمكانية، ومن ذلك أن الحنفية كانوا يقولون بعدم جواز وقف المنقول ثم أجازوه تبعاً للعقار، ثم اجازوه استقلالاً إذا جرى به العرف، كوقف الكتب والسلاح والدنانير والدراهم، كما أن الأحكام المتعلقة بإدارة أموال الوقف كلها مبينة على المصلحة، وأجاز معظم الفقهاء استبدال الوقف أو بيعه عند تعذر الانتفاع به، بشروط خاصة، ومنطلقهم في ذلك المصلحة التي تغياها الشارع في مشروعيته للوقف، وهذه المرونة في أحكام الوقف تفتح المجال واسعاً أمام الفقهاء للحديث في وعاء الوقف، وشروطه، فقد تطورت النظم المالية والاقتصادية، واتسعت أدوات الاستثمار فمن ذلك الاسهم، و الصكوك و المحافظ الإستثمارية كما أن الحقوق المالية اتسع نطاقها و تأثيرها في النشاط الإقتصادي، ولم يعد العقار وحده عصب الاقتصاد والنظام المالي في العصر الحاضر، وأصبحت ملكية كثير من الاغنياء لا تستمد قوتها من عنصر واحد كالعقار، ولا بد من فتح أبواب البر أمامهم والصدقة الجارية لنيل الثواب ولتحقيق التكافل الاجتماعي بوسائلة الوجوبية والاختيارية ومن أهمها الوقف.

وسأقتصر الحديث في هذا البحث على الشروط ذات الصلة المباشرة بموضوع البحث وهي:

تأبيد الوقف أو تأقيته، ووقف المنقول، ووقف المشاع، أمّا ما عدا ذلك من الشروط ممّا لا علاقة له مباشرة بموضوع البحث، فيمكن الرجوع إليه في كتب المذاهب الفقهية.

المبحث الأول: في شروط الوقف ذات الصلة المباشرة في المسائل المستجدة موضوع البحث

المطلب الأول: تأبيد الوقف

ذهب الحنفية[20] إلى أنه يشترط في الوقف أن يكون مؤبداً، ولايجوز النص على تأقيته، قال الخصاف: "لو وقف داره يوماً أو شهراً لا يجوز؛ لأنه لم يجعله مؤبداً، وكذا لو قال على فلان سنة: كان باطلاً، وفصّل هلال بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل الوقف أو لا فلا، وظاهر ما في الخانية اعتماده"[21].

وهذا فيما يكون قابلا للتأبيد، بأن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء ليُمكنَ تنفيذ حكم التأبيد فيها، ولذا قرّروا أنّ الأصل في الوقف أن يكون عقاراً، وجواز وقف غير العقار يجيء على خلاف الأصل، فيجوز وقف المنقول في أحوال استثنائية، فإذا خشي على المنقول الفناء فقد أجازوا استبداله ليكون الاستبدال طريقاً لبقاء الانتفاع به، وبذلك جمعوا بين تأبيد الوقف وجواز وقف المنقول في صور استثنائية، حتى إنهم قالوا: لو جرى العرف بجواز وقف الدراهم والدنانير، وهي لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، استبدل بها عقاراً أو نحوه ممّا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه[22].

يرجع تشديدهم في اشتراط التأبيد في الوقف إلى أنّ الأصل الذي قام عليه الوقف هو حديث سيدنا عمر -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ-، والموقوف فيه كان عقاراً، وقد قصروه على ذلك النص.

واختلفوا في اشتراط ذكر التأبيد في الصيغة:

فذهب محمد بن الحسن إلى أنه يشترط ذكر التأبيد في الصيغة[23].

وذهب أبويوسف[24] إلى أنه لا يشترط ذكر التأبيد، ويكفي أن تخلو الصيغة من التأقيت؛ لأنّ لفظ الوقف دالّ على التأبيد.

وذهب الشافعية[25] والحنابلة[26] إلى أنه يشترط في الوقف أن يكون مؤبداً، ولا يشترط عندهم ذكر التأبيد في الصيغة.

---

(20) فتح القدير: ابن الهمام (48/5)، والبحر الرائق (204/5).

(21) البحر الرائق (204/5)، فتح القدير (51/5).

(22) محاضرات في الوقف: العلامة الشيخ محمد أبوزهرة (ص117-118) بتصرف.

(23) البحر الرائق (204/5).

(24) البحر الرائق (204/5).

(25) حاشية البجيرمي على الخطيب: سليمان البجيرمي (251/3)، وأسنى المطالب شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري(463/2).

(26) المغني (570/6)، وكشاف القناع: البهوتي (446/2).

ولمّا اشترط الشافعية والحنابلة التأبيد في الوقف مع قولهم بجواز وقف المنقول، وهو لا يتأبد غالباً، فقد ورد على قولهم إشكال مفاده: كيف يمكن بقاء الوقف مؤبداً مع أنّ المنقول قابل للإتلاف، وغير صالح للدوام؟

وللشافعية في الإجابة على السؤال وجهان:

الوجه الأول: أن ينتهي الوقف إذا تلف المنقول، وعليه فإنّ معنى التأبيد عندهم يكون في كل عين بما يناسبها؛ فما يكون غيرقابل للفناء عادةً، يكون دوام الوقف فيه إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، وما يكون قابلاً للفناء يكون بمقدار فنائه[27].

وقد ذهب الحنابلة إلى جواز الاستبدال عند التلف[28]

الوجه الثاني: يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من جواز الاستبدال بعين أخرى، تحلّ محل العين التي ستتلف.

وذهب المالكية[29] والشيعة الإمامية[30] إلى أنه لايشترط في الوقف التأبيد، فيجوز الوقف لسنة أو أكثر لأجل معلوم، ثم يرجع ملكاً للواقف أو لغيره.

ولهذا أجازوا وقف العقار ووقف المنقول وإن كانت العين غير قابلة للبقاء الدائم، وإذا كان المنقول عندهم يجوز أن يكون منقولاً -غيردائم البقاء- فإنّ طريق بقائه هو الاستبدال، فيحلّ محلّ المنقول عين ثابتة صالحة للبقاء.

رأي الباحث:

من خلال تتبع الأدلة الدالة على مشروعية الوقف، واستشراف المقاصد الشرعية منها، نرى أنّ الشارع يهدف من الوقف إلى إقامة مصادر دائمة ومستمرة تدرُّ دخلاً، لتقديم خدمات اجتماعية أو ثقافية أو اقتصادية للأفراد والمجتمعات في الحاضر والمستقبل، ولا شك أنّ تأبيد الوقف يحقق هذا المقصد أكثر من تأقيته.

ولهذا كان اتفاق الفقهاء على وقف العقار؛ لأنه يحقق مقصد الشارع، واختلفوا في وقف المنقول؛ لأنه يؤول إلى التلف، ولا تتحقق منه المنافع على التأبيد، كما أنّ الفقهاء ذكروا قيوداً

---

(27) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي (286/4)، والمغني: لابن قدامة (518/5) عن المحاضرات في الوقف لمحمد أبوزهرة (ص118).

(28) المغني (518/5).

(29) حاشية الدسوقي: لمحمد بن عرفة (87/4).

(30) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: العاملي (175/3).

على التصرف في أصل الوقف؛ فمنعوا بيعه، وتحميله الديون، كما نصوا على أنّ عمارة أصل الوقف التي يترتب عليها بقاء عين الوقف مقدمة على غيرها من وظائف الوقف، قصد استمرارية الوقف.

هذا وقد فرّق الشارع الحكيم بين الوقف والصدقة، مع أنّ كلاً منهما يُقصد به وجه البرّ، سواء كان عاماً أو خاصاً؛ لأنّ المقصود في الوقف هو حبس العين والتصدق بالثمرة، ولا شك أنّ الذي يحقق هذا هو أن يكون المال الموقوف عقاراً، وأمّا الصدقة فلا يقصد منها حبس العين والتصدق بما تدرّه من إيرادات كالوقف، حيث يكون مال الصدقة محلاً للتصرف والإنفاق على جهات البرّ[1].

ومع أنّ الأصل في الوقف العقار كما قرّره الفقهاء، إلا أنهم أجازوا وقف المنقول إمّا تبعاً أو للنص أو جريان العرف كما ذهب إلى ذلك الحنفية، أو أجازوه استقلالاً توسعةً في إعمال البرّ والخير كما هو مذهب الشافعية والحنابلة مع قولهم بتأبيد الوقف، فأجازوا استبدال ما تعرّض للتلف منه طريقاً للوصول إلى المقصد الأصلي الذي لا يحققه إلا التأبيد.

وأمّا المالكية والشيعة الإمامية فقد أجازوا تأقيت الوقف لمدة زمنية محددة إلا فيما لا تقبل طبيعته التأقيت.

والمتفحِّص فيما ذهب إليه الفقهاء يرى أنّ الفقهاء أجازوا التأقيت في الوقف وإن لم يسمّوه توقيتاً، وأدخلوه ضمن الوقف المؤبد، وقد فتحوا بذلك باباً واسعاً لفعل الخيرات والصدقات الجارية التي لا يستوعبها مبدأ التأبيد[2].

ونلحظ من خلال التتبع التاريخي لآراء الفقهاء في مسائل الوقف أنهم توسعوا في وقف المنقولات كلّما اقتضت حاجة المجتمع إلى التوسع فيها، حتى أصبحت المنقولات التي يجوز أن يجري فيها الوقف كثيرة، فخرجت لكثرتها عن كونها استثناءً من الأصل، وقد نصوا على جواز وقف ما جرى العرف به.

ومن نصوص الأئمة واختياراتهم التي تشهد لهذا الاتجاه الموسع فيما يصح وقفه قول الامام محمد بن الحسن "ما تعارف الناس وقفه من المنقول فإنه يجوز استحساناً، وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز"، قال الشيخ أبو السعود العمادي في رسالته "جواز وقف النقود" معلقاً على قول محمد بن الحسن "ولا يخفى على أهل الإنصاف أن كلمة ما الواقعة في عبارة

(1) الوقف الإسلامي: د. منذر قحف (ص106-107).
(2) المرجع السابق (ص106).

الإمام محمد رحمه الله ليست عبارة عن بعض المنقولات المعهودة ولا مخصصة بما ذكر من أمثلة بل هي محراب على عمومها حسب عموم ما وقع في حيز الصلة من التعارف والتعامل... فلذلك أخذ مشايخ كل عصر ممن سلك مسلكه يعملون بموجب ذلك العموم ويجيبون في كل مادة بالإيجاب والنفي حسبما عاينوا في أعصارهم من التعارف وعدمه من غير تفرقة بين منقول ومنقول، حتى أنهم صرحوا بالجواز فيما صرح فيه محمد بعدمه كما في وقف الحيوان والثياب"[31].

ومن نصوص الفقهاء قول الامام أحمد رحمه الله لما سئل عن وقف الماء: "إن كان شيئاً قد استجازوه بينهم جاز ذلك"[32].

ومنها قول شيخ الإسلام ابن تيمية: "بأن كل عين تجوز عاريتها يصح وقفها" وبناء عليه قال بصحة الوقف فيما يلي:

وقف الزيت على المسجد ليوقد فيه، و وقف الريحان ومثله كل طيب ليشمه أهل المسجد، ووقف النقود لينتفع بريعها في المضاربة وتحصيل التوسعة بها بالاقراض[33]

ومنها قوله: بصحة وقف المنافع، ومن كلامه في ذلك "ولو وقف منفعة يملكها كمنفعة العين المستأجرة فعلى ما ذكره أصحابنا لا يصح، وعندي هذا ليس فيه فقه، فإنه لا فرق بين وقف هذا ووقف البناء والغراس ولا فرق بين وقف ثوب على الفقراء يلبسونه أو فرس يركبونها أو ريحان يشمه أهل المسجد وحكم طيب الكعبة حكم كسوتها فعلم ان الطيب منفعة مقصودة، لكن قد يطول بقاء مدة التطيب وقد يقصر، ولا أثر لذلك"[34]

ومن ذلك أن للشافعية وجهاً بجواز وقف النقود معلقاً على صحة إعارتها للانتفاع بها في الزينة، وعللوا القول بعدم الجواز على الراجح عندهم: بعدم بقاء النقود عند الانتفاع بها، وعليه فإن القول بالمنع معلل والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فإذا أمكن وفق المعطيات المعاصرة في الاستثمار والانتفاع بها مع بقاء عينها جاز وقفها على قولهم.

وهوكما ترى أن أحكام الوقف اجتهادية في معظمها تحقيقاً لمقصد الشارع في الحث على أعمال البر والتكافل بين افراد المجتمع.

(31) المبسوط 45/12 ورسالة وقف النقود لشيخ الاسلام ابي السعود العمادى: 24-27
(32) كتاب الوقوف للامام الخلال/ 430 والانصاف للمرداوي 378/16 والفروع مع حاشية ابن قندس34/7
(33) مجموع الفتاوي 25/31 والانصاف 387/16-397
(34) مجموع الفتاوي 25/31 والانصاف 387/16-397

ولا شك أنّ هذا المنهج الذي يمكن وصفه بالمحافظ على الثوابت، والمرن في تحقيق مقاصد البرّ حسب الأعراف والمتغيرات الاجتماعية عبر العصور، هو الذي يحدد ويبيّن حكم ما استجدّ من قضايا في موضوعات الوقف الخيري مثل؛ وقف الأسهم، والسندات، والحقوق، والمنافع.

أمّا بالنسبة لاشتراط ذكر التأبيد في الصيغة؛ فأرى أنّ الأصل في الوقف التأبيد مالم ينص الواقف على خلاف ذلك، وليس ذلك افتئاتاً على إرادة الواقف؛ لأنّ الأصل في التصرف أن يكون على وفق الشرع، وهو هنا التأبيد، مالم ينص الواقف على تأقيت الوقف لمدة محددة، وسواء في ذلك الوقف على الخيرات، أو وقف شقة أو بناء لمسجد، وقد دعت الحاجة إلى ذلك في كثير من البلدان، فقد تكون الحاجة قائمة للصلاة في منزل إلى أن يتمّ إنشاء مسجد[35].

المطلب الثاني: وقف المنقول

يقصد بالمنقول ما يقابل العقار، ممّا يمكن نقله من مكان لآخر، وتحويله من هيئة لهيئة، يستوي في ذلك أن يكون بناءً أو غراساً أو دواباً أو آلات ريّ أو حرث[36].

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز وقف العقار بناءً على أنّ الوقف يقتضي التأبيد عند الجمهور، ويلزم أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء، وهو ما يتصوّر في العقار، وقد ثبت ذلك عن الصحابة الكرام، قال الحميدي: "تصدق أبوبكر -رضي الله عنه- بداره على ولده. وعمر -رضي الله عنه- بربعة عند المروة على ولده، وعثمان -رضي الله عنه- برومة، وعلي -رضي الله عنه- بأرضه بينبع، وتصدق الزبير -رضي الله عنه- بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد -رضي الله عنه- بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده، وعمرو بن العاص -رضي الله عنه- بالوهط وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام -رضي الله عنه- بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم". قال جابر -رضي الله عنه-: "لم يكن أحد من أصحاب النبي -صلى الله عليه وسلم- ذو مقدرة إلا وقفَ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد، فكان إجماعاً"[37].

أمّا وقف المنقول فقد اختلفت آراء الفقهاء في جواز وقفه على تفصيل نبيّنه فيما يلي:

(35) يرى الدكتور منذر قحف في كتابه القيم (الوقف الإسلامي: تطوره، إدارته، تنميته) اعتبار إرادة الواقف مطلقاً حيث يقول: " لايكفي كون الأصل الموقوف ذا طبيعة مؤبدة حتى يتأبد الوقف، بل لابد من أن يقصد الواقف معنى التأبيد ". وأنا معه في اعتبار إرادة الواقف، ولكن ماالحكم إذا قال: وقفت هذا البيت مسجداً أو على جهة برّ دون أن يذكر مدة معينة ؟ أرى في هذه الحال أن يكون مؤبداً؛ عملاً بأنّ الأصل في الوقف التأبيد، وليس استدلالاً بطبيعة الشيء الموقوف إن كانت مؤبدة أو مؤقتة كما ذكر الدكتور منذر قحف، انظر (ص103).

(36) أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية: د.أحمد فراج حسين (ص267).

(37) المغني: ابن قدامة (490/5).

ذهب الحنفية إلى أنه لايجوز وقف المنقول إلا تبعاً للعقار، فلا يجوز وقف البناء، والشجر، والمعدات والآلات الزراعية التابعة للأرض، إلا إذا تمّ وقف الأرض، فتلحق بها.

ففي الدرّ المختار: "بنى على أرض ثم وقف البناء قصداً بدونها، إنْ الأرض مملوكة، لا يصح"[38].

وقد أفتى بهذا جمهرة الحنفية، والعلة أنّ البناء بدون الأرض لا يبقى مدة طويلة.

وقد فرّق بعض الحنفية بين الأرض المحتكرة وغيرها، فإن كانت الأرض إجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان منها، فالوقف جائز فيها، من قِبَلِ أنّا قد رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها، وتقسم بينهم، لا يتعرض لهم السلطان، ولا يزعجهم عنها، وإنما له عليهم غلةً يأخذها منهم، قد تداولتها أيدي الخلف عن السلف، ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤجرونها، وتجوز فيها وصاياهم، ويهدمون بناءها، ويغيرونه، ويبنون غيره، فكذلك الوقف جائز[39].

وما جاز وقفه تبعاً للعقار إن كان متصلاً بالعقار اتصال قرار، يدخل في الوقف تبعاً للعقار من غير توقف على النص على وقفه، أمّا ما كان متصلاً بالأرض لا على وجه القرار، فإنه لايكون موقوفاً تبعاً للعقار إلا بالنص عليه[40].

أمّا المنقول غير التابع للعقار، فالأصل عدم جواز وقفه إلا في حالتين:

الحالة الأولى: يجوز وقفه إذا ورد النص بجوازه، فيجوز وقف السلاح والكراع وذلك لما ورد عنه -ﷺ- من قوله: "إنكم تظلمون خالداً، فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله"[41].

وفي الحديث:"مَن احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً فإنّ شِبَعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات"[42].

قال ابن الهمام: "حكم الوقف الشرعي التأبيد، ولا يتأبد غير العقار، غير أنه تُرك في الجهاد (السلاح والكراع)؛ لأنه من سنام الدين، فكان معنى القربة فيهما أقوى، فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما (السلاح والكراع) شرعيته فيما دونهما، ولا يلحق دلالة أيضاً؛ لأنه ليس

(38) حاشية رد المحتار على الدر المختار: محمد ابن عابدين (518/3).
(39) أحكام الوقف: للخصاف (ص35).
(40) أحكام الوقف والوصايا: د. احمد فراج حسين (ص267).
(41) صحيح البخاري (156/2).
(42) أخرجه احمد واللفظ له ((375/2)، وأخرجه البخاري (135/2).

في معناهما"[43]. ويفهم من كلام ابن الهمام عدم جواز وقف المنقول إلا ما ورد فيه نص، ولا يقاس غيره عليه.

الحالة الثانية: يجوز وقف ما جرى به العرف؛ كوقف المصاحف، والكتب، وأمتعة المساجد وفرشها، وأجازوا وقف الثياب على الفقراء، ووقف السفينة، إن جرى فيها التعامل مطقاً[44].

وذكر في البحر تعليلاً لعدم جواز وقف البناء التابع للأرض إذا لم توقف الأرض، حيث قال: "إنّ العلة ليست لكونه منقولاً لا يدوم، وإنما لعدم التعارف عليه، وحينئذٍ لا يبقى لإطلاق التعارف وجه؛ لجريان العرف به"[45].

ويظهر ممّا سبق خلاف الحنفية في جواز وقف المنقول، فمنهم مَن منعه، ومنهم مَن أجازه إذا جرى العرف بوقفه.

وقد رجّح ابن عابدين مسلك المجوّزين، حيث قال: "ولايخفى عليك أنّ المفتي به الذي عليه المتون جواز وقف المنقول المتعارف، وحيث صار وقف البناء متعارفاً كان جوازه موافقاً للمنقول، ولم يخالف نصوص المذاهب على عدم جوازه، لأنها مبنيةٌ على أنه لم يكن متعارفاً"[46].

أمّا جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى جواز وقف العقار والمنقول، أمّا العقار؛ فللأدلة التي سبق ذكرها، وأمّا المنقول؛ فيجوز وقفه عندهم سواء كان تابعاً للعقار أم لم يكن، ورد به النص أم لا، وذلك لأنّ العبرة بالمالية والانتفاع، فما ينتفع به يجوز وقفه، وما لا ينتفع به لا يعد مالاً، ولا يجوز وقفه، وعلى هذا فيجوز وقف الحيوان والأثاث لإمكان الانتفاع به، لأنّ دوام كلّ شيء رهنٌ ببقائه صالحاً للانتفاع به[47].

ومع أنّ الأصل في الوقف التأبيد عند الشافعية والحنابلة، إلا أنهم اعتبروا التأبيد في كل عين بما يناسبها، فما لا يكون قابلاً للبقاء فإنّ معنى التأبيد فيه مقدر بمقدار بقائه، وما لا ينتفع به على الدوام كالطعام، وما يُشمّ كالريحان، وما تحطم وتكسر من الحيوان، فلا يجوز وقفه؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام.

كما أنهم أجازوا استبدال الوقف إذا بدا عدم صلاحه؛ وذلك طريقاً لاستبقاء الوقف وتأبيده ما أمكن، ويفهم هذا من نصوص الفقهاء في المذاهب المشار إليها.

(43) فتح القدير: ابن الهمام (51/5).

(44) حاشية رد المحتار: ابن عابدين (518/3).

(45) أحكام الأوقاف للخصاف (ص35).

(46)حاشية رد المحتار (541/3).

(47) المهذب: للشيرازي(440/1)، وحاشية الدسوقي (75/4)، والمغني (524/5).

وهذا بيان لآراء الفقهاء في جواز الاستبدال.

استبدال الوقف

ذهب الحنفية إلى جواز الاستبدال في الحالات التالية:

- أن يشترطه الواقف لنفسه او لنفسه وغيره.
- إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به أو لا يفي بمؤنته.
- إذا كان الوقف عامراً ولكن يمكن أن يستبدل به ما هو أدر نفعاً منه شريطة أن لا يكون في الاستبدال غبن فاحش ولا تهمه وأن لا يباع بدين عليه للمشترى[48].

- وذهب المالكية إلى جواز الاستبدال في المنقول إذا خرب الوقف أو قصر عن الهدف المقصود منه، ومنعوا استبدال العقار منعاً باتاً ولم يتسامحوا فيه إلا في حالة الضرورة القصوى للمصلحة العامة كتوسيع مسجد أو طريق عام[49].

- وذهب الشافعية في الراجح عندهم إلى عدم جواز الاستبدال وإن خرب الوقف، وذلك خشية من ضياع الوقف[50].

- وذهب الحنابلة إلى التوسع في جواز الاستبدال فلم يفرقوا بين المنقول والعقار إذا دعت المصلحة لذلك فهم يرون استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته[51].

وفي الجملة فإن استبدال الوقف جائز عند الجمهور بشروط أهمها:-

أ- أن تتعطل منافع الوقف تعطلاً كاملاً أو أن تتعطل أكثر منافع الوقف.

ب- أن يكون الاستبدال للمصلحة العامة بأن تتوقف مصالح الوقف العامة على الموقوف مثل توسيع الطرق أو توسيع المسجد.

جـ- أن يشترط الواقف بيعه بطريقة الاستبدال أو يجعل المسئولية في حفظ الوقف والتصرف بما يحقق ذلك إلى الحاكم أو القاضي أو ناظر الوقف وحينئذ يكون تصرفهم في الوقف منوطاً بالمصلحة.

د- إذا ضعف نماء الوقف لحد كبير أو تلاشي وكان الأنفع للأوقاف أن تستبدل، ومثل ذلك

(48) فتح القدير 236/6 و المبسوط 42/11 و ابن عابدين 257/3.
(49) المدونة الكبرى 99/6 و مواهب الجليل 661/7 و حاشية العدوي 540/3.
(50) روضة الطالبين 416/4 ومغني المحتاج 391/2 ونهاية المحتاج 394/5.
(51) كشاف القناع 2078/5 والانصاف 76/7 والمغني 630/5.

اذا هجر الموقوف عليهم المكان أو ضعف أهل الوقف عن القيام بمصالحة بحيث أدى ذلك إلى رجوعه مواتاً[52].

ففي مغني المحتاج للشربيني: "الأصح جواز بيع حُصُر المسجد الموقوفة إذا بليت، وجذوعه إذا انكسرت أو أشرفت على ذلك... ولم تصلح إلا للإحراق، لئلا تضيع ويضيق المكان بها من غير فائدة، فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها، ولا تدخل بذلك تحت بيع الوقف؛ لأنها صارت في حكم المعدومة، وهذا ما جرى عليه الشيخان، وهو المعتمد، وعلى هذا يصرف ثمنها في مصالح المسجد"[53].

ويتفق الحنابلة مع الشافعية في اشتراط التأبيد، وقولهم بجواز وقف المنقول، ويرون أنّ التأبيد يكون نسبياً مع كل عين على حدة، وكل ما يشترطونه أن لا يكون الانتفاع بالعين لازماً لفناء عينها؛ كالشمع والطعام[54].

قال ابن قدامة: "وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف مثل: الذهب، والوَرِق، والمأكول والمشروب، فوقفه غير جائز، وجملته أنّ ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم، والمطعوم والمشروب، والشمع وأشباهه، لايصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم، إلا شيئاً يحكى عن مالك...؛ لأنّ الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف، لا يصح فيه ذلك"[55].

وقد جعلوا الاستبدال في الوقف طريقاً إلى بقاءه على الدوام إن تعذّر بقاء العين في المنقول، قال ابن عقيل: "الوقف مؤبد، فإذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء الغرض، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض، ويقرب هذا من الهدي إذا عطب في السفر فإنه يذبح في الحال، وإن كان يختص بموضع، فلمّا تعذّر تحصيل الغرض بالكلية، استوفى منه ما أمكن، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذّره؛ لأنّ مراعاته مع تعذّره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية، وهكذا الوقف المعطّل المنافع"[56].

(52) فيما سبق انظر المبدع شرح المقنع 270/5 وكفاية الطالب الرباني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني 531/3 و الإنصاف 79/7 والخرشي 94/7 والقوانين الفقهية 244 والمغني 364/5 و الفتاوى الخانية 306/3.

(53) مغني المحتاج: للشربيني (378/3).

(54) أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية: محمد عبيد الكبيسي (ص383).

(55) المغني: ابن قدامة (524/5).

(56) المغني (518/5).

أمّا المالكية فإنهم لا يشترطون التأبيد في الوقف، فيصح الوقف عندهم لمدة معينة كسنة، ولهذا لم يشترطوا في المال الموقوف أن يكون صالحاً للبقاء على الدوام، فيجوز وقف العقار والمنقول[57] والمنفعة، وعليه فيصح وقف الدراهم والدنانير والطعام، ويعطى الموقوف عليهم من هذه الأشياء سلفاً، ويصح وقف الثياب والكتب على القول المعتمد.

جاء في حاشية الدسوقي:" وفي جواز وقفٍ؛ كطعام ممّا لا يعرف بعينه إذا غُيِّب عليه كالنقد، وهو المذهب: تردد. وقيل: إنّ التردد في غير العين في سائر المثليات، وأمّا العين فلا تردد فيها، بل يجوز وقفها قطعاً؛ لأنه نص المدونة، والمراد وقفه للسّلف، وينزل ردّ بدله منزلة بقاء عينه، وأمّا إن وقف مع بقاء عينه، فلا يجوز اتفاقاً؛ إذ لا منفعة شرعية تترتب على ذلك"[58].

رأي الباحث:

قد توسع الحنفية في جواز المنقول استثناءً، حيث أجازوه إن جرى به العرف، وما دام أنّ الأعراف متجددة، وتختلف زماناً ومكاناً، فقد جرى وقف السيارات في زماننا لنقل الموتى، وللعمل في المستشفيات، كما جرى وقف الدراهم والدنانير، والثياب، والكتب، والسفن، وغيرها ممّا يمكن القول معه إنّ دائرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في وقف المنقول قد تضاءلت، خصوصاً إذا لاحظنا تطور الأعراف على حسب معطيات كلّ عصر، وكلّ مكان.

وأرى أنّ ما ذهب إليه الجمهور من جواز وقف المنقولات، وتأصيل الاستبدال فيها، وصولاً إلى معنى التأبيد، بغية تحقيق مقصد الشارع في الوقف، يستحق التقدير، وأن يكون أصلاً يمكن تخريج المسائل المستجدة في الوقف عليه، وإذا انضمّ إلى هذا رأي المالكية القائل بجواز التأقيت في الوقف؛ فإننا نحقق قدراً أكبر من فتح أبواب البرّ والخير، ورفد المجتمع بما يحتاج إليه من إيرادات ومنافع يستكمل بها ما يحتاج إليه في الجوانب الاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

المطلب الثالث: وقف المشاع

من شروط صحة الوقف أن يكون المال الموقوف مفرزاً غير شائع، والشيوع هو ما تعلقت الملكية فيه بجزء نسبي غير محدد من شيء مملوك لأكثر من واحد، كما لو اشترك اثنان في

(57) ومفهوم العقار عند المالكية يشمل كلّ ما له أصل ثابت لايمكن تحويله ونقله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله، وعلى هذا فالشجر والبناء عقار عندهم؛ لأنّ لهما أصلاً ثابتاً، ويمكن نقلهما من مكان إلى آخر مع عدم بقاء شكلهما وصورتهما، والعقار عند الجمهور هو مالا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، وعليه فإنّ العقار عندهم لايتحقق إلا في الأرض. انظر أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية: محمد عبيد الكبيسي (ص380).

(58) حاشية الدسوقي (77/4)

ملكية دار، لكلّ واحد منهما النصف، ولم يتفقا على إفراز نصيبهما، ولكلّ منهما حصة شائعة في الشيء المملوك، وينتهي الشيوع بالقسمة والإفراز أحياناً، أو ببيع أحد الشريكين نصيبه من الآخر، أو ما إلى ذلك من التصرفات الناقلة للملك[59].

وقد اتفق الفقهاء[60] على أنه لا يصح وقف المسجد أو المقبرة إلا بعد الإفراز والقسمة؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به فيما وقف له إلا بتخليصه من ملك الغير له، وذلك بالقسمة، ولا تصلح المهايأة الزمانية أو المكانية فيهما؛ لأنها تؤدي إلى أن يصبح ما كان مسجداً أو مقبرةً في هذا العام مزرعةً في العام القادم.

قال ابن الهمام: "وإنما اتفقوا على منع الوقف المشاع مطلقاً مسجداً ومقبرةً؛ لأنّ الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى، ولأنّ اجواز وقف المشاع فيها لا يحتمل القسمة؛ لأنه يحتاج إلى التهايؤ، والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح، وهو أن يكون المكان مسجداً سنة، واسطبلاً للدواب سنة، ومقبرةً عاماً ومزرعةً عاماً"[61].

والمشاع نوعان:

النوع الأول: يقبل القسمة وهو الأعيان التي ينتفع بها بعد قسمتها الانتفاع المقصود بها قبل القسمة؛ كالأراضي الزراعية، والبيت المؤلف من شقق وطوابق.

النوع الثاني: مالايقبل القسمة مع بقاء الانتفاع به على حالته المقصودة؛ كالبئر، والحمّام، والحصة في البيت الصغير، أو في آلات الحرث أو الريّ، أو السيارة[62].

واختلف الفقهاء في جواز وقف المشاع قبل الإفراز والقسمة في غير المسجد والمقبرة، وأوجز آراء الفقهاء في المسالة فيما يأتي:

اتفق الحنفية على جواز وقف المشاع الذي لا يقبل القسمة، كما اتفقوا على صحة الوقف المشاع فيما يقبل القسمة وما لا يقبل القسمة إذا حكم القاضي بصحة وقف المشاع؛ لأنه أمر مجتهد فيه، ورأي الحاكم فيه يرفع الخلاف، فإذا قضى القاضي بجوازه صح[63].

وكذلك لا يبطل الوقف بالشيوع الطارىء؛ كما لو وقف شخص أرضه المعلومة المفرزة، ثم

(59) احكام الوقف في الفقه والقانون: د. محمد سراج (ص69).
(60) مغني المحتاج (378/2).
(61) فتح القدير: ابن الهمام (46/5).
(62) احكام الوقف في الفقه الإسلامي: د. محمد سراج (ص69). وانظر المنهل الصافي في الوقف واحكامه: محمد أسعد الإمام الحسيني (ص28).
(63) حاشية رد المحتار (517/3)

ظهر استحقاق الغير في جزء منها كربعها، لا يبطل الوقف، ويستمر في الثلاثة أرباع[64]، فلا يبطل الوقف إلا في الجزء المستحق للغير؛ لأنه تبيّن أنه لم يكن على ملك الواقف حين وقفه.

أمّا المشاع الذي يقبل القسمة، فقد ذهب محمد بن الحسن إلى عدم صحة وقفه إلا بعد قسمته؛ وذلك لأنّ القبض عنده شرط لتمام الوقف، لأنّ المطلوب عنده فيما يمكن قسمته وقبضه القبض الكامل، ولا يتمّ إلا بالقسمة، وأسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان، وذلك فيما لا يحتمل القسمة؛ لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمّام، فاكتفى بتحقق التسليم في الجملة[65].

وذهب أبو يوسف إلى صحة الوقف المشاع الذي يقبل القسمة كالذي لا يقبلها؛ وذلك لعدم اشتراطه القبض لتمام الوقف، قياساً على حالة العتق؛ فإنّ الشيوع لا يمنع من العتق، فكذلك لا يمنع من الوقف[66].

قال السرخسي: "ولو وقف نصف أرض، أو نصف دار مشاعاً على الفقراء، فذلك جائز في قول أبي يوسف -رحمه الله-؛ لأنّ القسمة من تتمة القبض، فإنّ القبض للحيازة، وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة، ثم أصل القبض عنده ليس بشرط في الصدقة الموقوفة، فكذلك ما هو في تتمة الوقف؛ وهذا لأنّ الوقف على مذهبه قياس العتق، والشيوع لا يمنع العتق، فكذلك لايمنع الوقف"[67].

وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة[68] إلى صحة وقف المشاع، وذلك لأنهم لا يشترطون القبض لتمام الوقف عند بعضهم، واستدلوا لرأيهم بما رواه النسائي وابن ماجه والشافعي عن ابن عمر -رضي الله عنهما- قال عمر للنبي -ﷺ-: "إنّ المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالاً قط أعجب إليّ منها، وقد أردت أن أتصدّق بها، فقال النبي -ﷺ-: "احبس أصلها وسبّل ثمرتها"[69]. وهذه صفة المشاع، وقد أمره النبي -ﷺ- بوقفها[70].

واستدل البخاري على صحة الوقف المشاع بحديث أنس في قصة بناء المسجد، وأنّ النبي -ﷺ- قال: "ثامنوني حائطكم، قالوا: لا نطلب ثمنه إلا إلى الله -عزّ وجلّ-"، وهذا ظاهر في

(64) حاشية رد المحتار (504/3).
(65) فتح القدير (46/5)، وحاشية رد المحتار (504/3).
(66) البحر الرائق: ابن نجيم (211/5).
(67) المبسوط: للسرخسي (37/12).
(68) مغني المحتاج (277/2)، وتكملة المجموع: للمطيعي (323/15)، والمفصّل في أحكام المرأة: د.عبدالكريم زيدان (424/10).
(69)نيل الأوطار: الشوكاني (21/6).
(70) تكملة المجموع (323/15).

جواز وقف المشاع، ولو كان غير جائز لأنكر عليهم النبي -ﷺ- قولهم هذا، وبيّن لهم الحكم[71].

ولا يرد على هذا الدليل ما ذكره الواقدي من أنّ أبابكر دفع ثمن الأرض لمالكها منهم، وقدره عشرة دنانير؛ لأنّ هذا الإيراد إن ثبت فإنه مردود بأنّ الاستدلال بالحديث إنما هو من جهة تقرير النبي -صلى الله عليه وسلم- على ذلك، وعدم إنكاره قولهم، فلو كان وقف المشاع لا يجوز لأنكره عليهم، وبيّن لهم الحكم، فلمّا لم يفعل، دلّ ذلك على صحة وقف المشاع في الجملة[72].

وأمّا المالكية فقد أجازوا وقف المشاع عموماً، وقد شدد مالك في اشتراط القبض ولم يكتف بالتمكين، بل اشترط الحيازة سنة، فمنع وقف المشاع قبل قسمته؛ لأنّ الحيازة لا تتمّ مع الشيوع.

وقد ذكر الدردير الأقوال في المذهب، قال: "أو كان مشتركاً شائعاً فيما يقبل القسمة (يعني يصحّ وقفه)، ويجبر عليها الواقف إن أرادها الشريك، وأمّا ما لا يقبلها ففيه قولان مرجحان: وعلى الصحة يجبر الواقف على البيع إن أراد شريكه، ويجعل ثمنه في مثل وقفه"[73].

وقد أخذ القانون المصري بوقف المشاع، فقد كان العمل قبل صدور القانون 48 لسنة 1946م على جواز وقف العقار مطلقاً، والمنقول إذا كان تابعاً للعقار، أو ورد به نص، أو جرى به العرف وفق مذهب الحنفية، وما عدا ذلك من المنقول لايصح وقفه؛ لأنّ الوقف يراد به الدوام والتأبيد، والمنقول لايؤدي هذا الغرض، فلمّا صدر قانون 48 لسنة 1946م عدل عن المذهب الحنفي، فأجاز وقف المنقول أخذاً بالمذهب المالكي ورأي الجمهور، وأجاز وقف المشاع القابل للقسمة؛ وذلك لإمكان رفع النزاع بالقسمة.

أمّا المشاع غير القابل للقسمة، فقد كان القانون يأخذ بمذهب الحنفية الذي يقول بجواز وقفه على غير المسجد والمقبرة؛ وذلك لأنّ الإفراز يؤدي إلى إتلاف المال وعدم الانتفاع به، وهذا لا خلاف فيه بين أبي يوسف ومحمد بن الحسن.

غير أنّ القانون عدل عن هذا الرأي، واخذ برأي عند المالكية الذي يقول بعدم جواز وقف المشاع الذي لا يقبل القسمة؛ لأنه وكما جاء في المذكرة التفسيرية للمادة الثامنة (أن الحوادث قد دلت على أنّ الشيوع بين وقفين، أو وقف وملك فيما لا يقبل القسمة كثيراً ما يعطل مصالح

---

(71) فتح الباري: ابن حجر (263/5). وانظر أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية (ص390).

(72) فتح الباري: ابن حجر (263/5).

(73) الشرح الكبير: الدردير (76/4).

الوقف، وقد نتج عنه مضار عديدة، ومنازعات كثيرة، قد تؤدي إلى خراب الوقف، وقد تباع العين المشتركة عند طلب القسمة وتكون الظروف غير ملائمة فيبقى مال البدل معطلاً، فمن المصلحة أن يمنع وقف الحصة الشائعة في العقار الذي لا يقبل القسمة، إلا في أحوال ثلاثة لا توجد فيها الأسباب التي دعت إلى المنع وهي:

الحالة الأولى: أن يقف كل من الشريكين حصته في هذا العقار على جهة واحدة، أو أن تكون حصته من هذا العقد موقوفة من قبل على جهة معينة، فيقف المالك لبائعها هذا الباقي على نفس الجهة التي وقفت عليها الأخرى.

الحالة الثانية: أن تكون العين غير قابلة للقسمة، ولكن منفعتها مرتبة للوقف وغيره، فيقف أحد الشركاء حصته الشائعة منها على الجهة التي وقف عليه الوقف الذي ينتفع به، وذلك كالسواقي وآلات الريّ، وغير ذلك من المرافق التي ينتفع بها الوقف.

الحالة الثالثة: وقف حصص وأسهم شركات الأموال صناعية كانت أو زراعية أو تجارية؛ لأنها تمثل قسماً من هذه الأموال التي قد تكون عقاراً أو منقولاً أو خليطاً من العقار والمنقول، وإنما اعتبرت ممّا لا يقبل القسمة؛ لأنّ نظام الشركات لا يسمح بالقسمة، غاية الأمر أنّ وقف هذه الحصص والأسهم لا يجوز، إلا إذا كانت الشركات تستغلّ أموالها استغلالاً جائزاً شرعاً، كالشركات الصناعية والزراعية والتجارية، أمّا إذا كانت الشركة تستغلّ أموالها استغلالاً غير جائز، كالشركات التي يكون من أغراضها استثمار الأموال من طريق الربا، فإنه لا يجوز وقف حصصها وأسهمها[74].

رأي الباحث:

يرى الباحث مع جمهور الفقهاء رجحان القول بجواز وقف المشاع مطلقاً، ما يقبل القسمة وما لا يقبل القسمة في العقار والمنقول؛ وذلك تشجيعاً على أعمال البرّ، وتحقيقاً لمقصد الواقف في البذل بقصد التقرب إلى الله تعالى، ولأنّ الأدلة النصية التي ذكرها الجمهور لا يقوى القياس على معارضتها، وما أثير في القانون المصري لسنة 1946 م من أنّ بعض صور الشيوع فيما لا يقبل القسمة يعطل مصالح الوقف، وينتج عنه مضارّ عديدة، ومنازعات كثيرة، قد تؤدي إلى خراب الوقف، يمكن التغلب على هذه الصعوبات بتشريعات إدارية، وأيّاً كان الأمر ففي عدم جواز الوقف سدٌّ لباب من أبواب الخير، والمتأمل في نصوص الشريعة يدرك أنّ الشارع يحثّ على التبرعات ومنها الوقف، ويرتب على ذلك الأجر والثواب الجزيل.

(74) أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية: د. أحمد فراج حسين (ص266، 267). وأحكام الوقف في الفقه الإسلامي: د.محمد سراج (ص70-71). ومحاضرات في الوقف: للعلامة الشيخ محمد أبوزهرة (ص124).

خلاصةٌ في الموجهات المستفادة من مقاصد الشارع في الوقف وشروطه

نستنتج من العرض السابق لآراء الفقهاء في شروط الوقف الموجهات المستفادة التالية:

1- أنّ مسائل الوقف اجتهادية تتصف بالمرونة، وتتأثر بالظروف والأعراف الاجتماعية، فقد توسع فقهاء الحنفية في وقف المنقولات عملاً بالعرف.

2- أنّ المقصد الرئيسي هو تحقيق قدر من التكافل الاجتماعي في المناحي المتعددة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والبيئية وغيرها، ولمّا كان التكافل مبدأً كلياً في الشريعة، فقد حثّت الشريعة الإسلامية على تحقيقه بوسائل متنوعة منها الإلزامي ومنها الاختياري، ومنها ما يحقق أغراضاً فردية أو أسرية، ومنها ما يحقق أغراضاً اجتماعية، ولاشك أنّ الوقف يسهم بشكل فاعل في تحقيق قدر من التكافل والبناء الاجتماعي قد لا تفي الوسائل الإلزامية بتحقيقه، وقد رتب الشارع الحكيم على هذا العمل أعظم الجزاء، وجعله طريقاً لتحقيق معان سامية تترقى بمفهوم الإنسانية إلى مرتبة التكريم الذي أرادها الله تعالى في قوله ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [75].

ولهذه المعاني أجاز جمهور الفقهاء وقف الأموال سواء كانت عقاراً أو منقولاً، وتوسع الحنفية في المنقولات حتى يمكن القول بجواز وقف المنقول عندهم، وأجاز الجمهور وقف المشاع ما يقسم وما لا يقسم، كما أجاز كثير من الفقهاء وقف المنافع، وتقاس عليها الحقوق المالية.

3- نلحظ من خلال تتبع الأحكام الخاصة بالتبرعات اختلافاً عن الأحكام الخاصة بالمعاوضات والمشاركات، وعلى سبيل المثال: يغتفر الغرر في التبرعات وإن لم يكن يسيراً، ولا يغتفر في المعاوضات والمشاركات إلا ما لا يمكن الاحتراز عنه وهو اليسير، وما ذلك إلا تشجيعاً وتوسعةً من الشارع للمشاركة في أعمال البرّ على قدر الوسع والطاقة.

ففي ضوء هذه الموجهات والمقاصد الكلية التي تغياها الشارع الحكيم يكون النظر في المسائل المستجدة والتي هي موضوع البحث، وأرى أنّ فيما أسلفت من بيان لآراء الفقهاء في شروط الوقف ما يحقق هذا المعنى، فمع قول الجمهور بتأبيد الوقف إلا أنهم أجازوا وقف المنقول، وتوسعوا فيه على مدى العصور، وأجازوا استبدال الوقف وصولاً لتحقيق معنى التأبيد وفق ضوابط محددة، حتى تبقى الغاية من الوقف، والتي قصد منها التكافل الاجتماعي لا بين أبناء العصر، وإنما بين أبناء العصور المتعاقبة.

4- إنّ المقصود من الوقف تحقيق حاجات الأفراد والمجتمعات وفق أدوات وآليات الاستثمار

(75) سورة الإسراء: آية 70.

المتوافرة في تلك العصور، فإذا تمّ تطوير هذه الأدوات وتنوعت آليات الاستثمار، وأصبحت عصب الاقتصاد في الدول، وهي أكثر أموال الناس إذا قورنت بالأراضي والعقارات، فلا ينبغي أن لا يمنع المالكون لهذه الأدوات المالية من الإسهام في أعمال الخير، فالأسهم والصكوك في المؤسسات الانتاجية (الزراعية والصناعية والتجارية والتعليمية) هي الغالبة في زماننا، وأصبحت الأسواق المالية تشكل عصب الاقتصاد للدول، وتدرّ دخلاً كبيراً على أصحابها، وإذا كان من أمرٍ يُخشى منه عند وقفها من الضياع أو التلف، فإنّ القوانين والأنظمة كفيلة بتسديد الأمر وتصويبه، هذا مع العلم بأنّ ما هي عليه الآن من الضمانات قد يكون كافياً لطمئنة مَنْ يَخشى عليها الضياع والتلف إذا تمّت إدارتها واستثمارها وفق الضوابط التي رسمتها الشريعة الإسلامية.

5- إنّ الوقف يقوم على أساس التبرع، وليس فريضة واجبة على المكلفين كالزكاة وصدقة الفطر، وإنّ سدّ الباب أمام الواقفين المتبرعين الذين لا يملكون العقار أو المنقول الذي يجوز وقفه، يعني حرمان هذه الفئة من الأجر والمثوبة، ومنعهم من الإسهام في تحقيق مبدأ التكافل مع مجتمعهم.

وبعد هذا الإيجاز يتناول الباحث الرأي في وقف النقود والأسهم والسندات، والحقوق والمنافع.

المبحث الثاني: وقف النقود و الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع

المطلب الأول: وقف النقود

تعريف النقود:

النقد في اللغة خلاف النسية، تقول نقدته الثمن أي دفعته حالاً دون تأجيل، ونَقْد الدراهم تميزها وإخراج الزيف منها: والنقد ما يعطى من الثمن، والنقدان: الذهب والفضة، وسميت الدراهم والدنانير نقداً ونقوداً من اطلاق المصدر على اسم المفعول أي المنقود[76].

آراء العلماء في وقف النقود:

اختلف الفقهاء في وقف النقود فمنهم من أجازه كالمالكية وشيخ الاسلام ابن تيميه وتلميذه ابن القيم[77] وبهذا الرأي أخذ مجمع الفقه الاسلامي في دورته الخامسة عشرة، المنعقدة في مسقط حاضره سلطنة عمان عام 1425 هـ بقراره رقم 15/6/140 وجاء فيه.

1-وقف النقود جائز شرعاً، لأن المقصد الشرعي من الوقف وهو تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة متحقق فيها، ولأن النقود لا تتعين بالتعيين وإنما تقوم أبدالها مقامها.

2- يجوز وقف النقود للقرض الحسن وللاستثمار بطريق مباشرة أو بمشاركة عدد من الواقفين في صندوق واحد، أو عن طريق إصدار أسهم نقدية تشجيعاً على الوقف وتشجيعاً على المشاركة الجماعية فيه.

وجاء في قرار المجمع في دورته التاسعة عشرة المنعقدة في الشارقة بقراره رقم 19/7/81 بيان بحكم وقف النقود إذا استثمرت في شراء أسهم تحت الفقرة (د) "إذا استثمر المال النقدي الموقوف في شراء أسهم أو صكوك أو غيرها، فإن تلك الأسهم والصكوك لا تكون وقفاً بعينها مكان النقد ما لم ينص الواقف على ذلك، ويجوز بيعها للاستثمار الأكثر فائدة لمصلحة الوقف، ويكون أصل المبلغ النقدي هو الموقوف المحبَّس".

وذهب بعض العلماء إلى عدم جواز وقف النقود جرياً على الأصل في قولهم بتأييد الوقف والنقود لا ينتفع بها مع بقاء عينها[78].

---

(76) لسان العرب: ابن منظور 524/3.

(77) مجموع الفتاوي 234/31 والانصاف 378/16.

(78) وقف النقود والأوراق المالية وأحكامه في الشريعة الإسلامية د.ناصر عبد الله الميمان ص 139.

ومدار الخلاف في إمكان استعمالها من دون استهلاك العين، فمن قال بجواز وقف النقود، نظر إلى امكانية اتخاذها زينة أو تأجيرها للزينة أو وقفها لإقراضها قرضاً حسناً أو وقفها لتستثمر بأسلوب المضاربة ثم يوزع ربحها على أغراض الوقف أو باصدار أسهم نقدية[79].

قد ذكر د. منذر تحف صوراً أخرى لوقف النقود يمكن الرجوع إليها[80].

المطلب الثاني: وقف الأسهم

ممّا استحدث في المعاملات التجارية الأسهم، فما معنى السهم في اللغة والاصطلاح ؟

السهم في اللغة: النصيب[81]. وفي الاصطلاح: حصة معينة من مجموع حصص متساوية في حجم الشركة، مشاعة في عمومها[82].

لقد أصبحت قيمة الأسهم وأرباحها تشكل عصب الاقتصاد؛ لما تحتله من قوة اقتصادية بعد استحداث الشركات المساهمة وإقرارها من المجامع الفقهية، وأصبح السهم بمنزلة رأس المال الثابت يدرّ أرباحاً؛ كالعقار يدرّ دخلاً، وهو بذلك يفتح المجال واسعاً للتشجيع على أعمال الخير ومنها الوقف؛ حيث يمكن أن يشكل مورداً ثابتاً لبعض المؤسسات الخيرية، كما أنه يشجع المحسنين على وقف أسهمٍ من ممتلكاتهم في المؤسسات المالية[83].

السهم قد يكون حصة في شركة مالية: زراعية أو صناعية أو تجارية، وهذه الأسهم تعدّ من قبيل المشاع الذي لا يقبل القسمة؛ لأنّ قوانين الشركات المساهمة لا تجيز إفراز أيّ سهم منها، على الرغم من أنّ هذه الشركات قد تكون عقاراً أو منقولاً أو خليطاً منهما.

وقد سبق القول بترجيح جواز وقف المنقول، وترجيح جواز وقف المشاع مطلقاً، وبناءً عليه فإنّ الباحث يرى جواز وقف الأسهم، وقد نصّ القانون المصري لسنة 1946م على جواز وقف الأسهم مع أنها من المشاع الذي استثناه القانون من جواز الوقف، وهو المشاع الذي لا يمكن فرزه كما سبق بيانه؛ وذلك لأنّ الشيوع في الأسهم لا يُخشى منه ضرر، ولا يؤدي إلى نزاع من جهة أنّ قوانين الشركات تضمن تنظيم العمل بها، ومحاسبة القائمين على النشاط فيها، وهو ما يؤدي إلى إمكان الانتفاع بالموقوف على الوجه المناسب.

(79) أحكام الوقف للزرقا ص 48 وانظر المجمع المشار إليه سابقاً.

(80) الوقف الاسلامي: منذر.. ص 196-198.

(81) لسان العرب: ابن منظور 308/12).

(82) حكم تداول أسهم الشركات المساهمة:د.حمزة حسين الفعر(ص293)،العدد 15سنة 2001م الأزهر مركز صالح كامل للاقتصادالاسلامي.

(83) المفصل في أحكام الربا: علي الشحود الباب (187/4).

وقد جاء في المادة الثامنة من القانون اشتراط صحة وقف أسهم الشركات بقيد واحد، وهو أن تكون الشركات الموقوف بعض أسهمها تستغلّ أموالها استغلالاً مشروعاً جائزاً في الشرع، أمّا إذا كانت الشركة تستغلّ أموالها استغلالاً غير مشروع، وذلك كالشركات التي يكون من أغراضها استثمار الأموال من طريق الربا، فإنه لا يجوز وقف حصصها وأسهمها[84].

قد أفتى بجواز وقف الأسهم عدد من العلماء؛ منهم الشيخ عبد الله بن جبرين عندما سئل: هل يجوز وقف الأسهم التجارية في الشركات، مع العلم أنها معرضة للخطر من الربح والخسارة ؟ فأجاب: "نرى أنه لا بأس بذلك؛ لأنّ فيها غالباً غلة، فإذا قال: أسهمي في شركة كذا وقف، فهو يريد بذلك غلتها، لأنها في كلّ سنة يخرج لها غلة، فيقول: وقف على المساجد، أو وقف على الغزاة ونحوهم، أو وقف على الفقراء والمساكين، أو وقف على طبع الكتب والمصاحف، فكلما أخذت أرباحها في سنة صرفت حالاً في ذلك الشيء، فإن قُدِّرَ أنها خسرت أو كسدت أو لم تربح في سنة، فلا شيء عليه"[85].

وأضيف إلى ما ذكره الشيخ عبد الله بن جبرين، أنّ الكثير من الشركات لها احتياطات نقدية تعمل على تأمينها من الخسارة، والبنوك الإسلامية على سبيل المثال أسّسَ فيها صناديق مخاطر الاستثمار، التي تعمل على جبر الخسارة إن وقعت أثناء المضاربة بالمال من غير تعدٍّ أو تقصير، وقياساً على وقف المنقول يجوز وقف الأسهم، فالمنقول يتعرض للتلف أيضاً ومع ذلك يجوز وقفه.

وقد صدر عن دار الإفتاء المصرية ما يفيد جواز وقف الأسهم، وذلك تحت رقم مسلسل 5666 تاريخ 2005/5/13م، إجابةً على السؤال: ما قولكم في رجل يملك أسهماً في عدّة شركات وبنوك، ورغب في حبس أصول هذه الأسهم وتسبيل منفعتها للجهات التي ستصرف إليها من وارث، وجهات خيرية من أرحام وفقراء وعمارة مساجد ونحو ذلك من أعمال البرّ، وفقاً للشريعة الإسلامية، وحفاظاً على الأصول، وانتفاعاً مستمراً بعوائد الأسهم لمستحقيها.

أجابت أمانة الفتوى: اطلعنا على الطلب الوارد إلينا بالبريد، المقيد برقم 1351لسنة 2006م -وممّا جاء في الإجابة بعد التأصيل للمسألة بذكر نقول نصية عن المذاهب الفقهية قولهم-:

"ومن المعلوم أنّ غرض الشرع الشريف في الوقف هو عدم التصرف في محلّ الوقف أي

(84) أحكام الوقف في الفقه والقانون: د. محمد سراج (ص72-73)، ومحاضرات في الوقف: العلامة محمد أبوزهرة (ص124). وأحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية: د. أحمد فراج حسين (ص266).

(85) الفتوى متاحة على الموقع الإلكتروني الآتي:

http://audio.islamweb.net/audio/index.php?page=FullContent&audioid=145750

العين الموقوفة، وديمومة الانتفاع به لأطول مدة ممكنة، ولذلك رفض الجمهور مسألة وقف الدنانير والدراهم وأمثالها ممّا تذهب عينها مع الانتفاع بها، ولمّا وجد المالكية نفعاً في الدراهم والدنانير لا يذهب عينهما إلا في الصورة فقط، أجازوا الوقف فيهما في السلَف؛ لأنهما بالسلَف يبقيان حكماً وإن ذهبت أعيانهما، نقل الصعيدي العدوي في حاشيته على الخرشي عن اللقاني: الوقف ما ينتفع به مع بقاء عينه حقيقة أو حكماً؛ كالدراهم والدنانير ا.هـ، قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: وينزل ردّ بدله منزلة بقاء عينه ا.هـ.

وإذا نظر الفقيه الآن في مسألة حبس الأسهم وتسبيل عوائدها، يرى باستخدام قاعدة غلبة الأشياء أنّ حبس الأسهم قريب من حبس الدراهم والدنانير التي أباحها المالكية للسلَف والقرب، وعدم المشابهة – والمكروه جائز بالمعنى الأعم- فسبب كراهتهم هو احتمال ضياع هذه الدراهم والدنانير، ولكن في حالة الأسهم تبقى مدة قد تصل إلى خمسين عاماً أو يزيد باستقراء الأحوال المصرفية المستقرة المقننة المعمول بها والمتداولة حالياً، فتحقق للأسهم الديمومة والبقاء -النسبيين المطلوبين- للشرع الشريف من عقد الوقف، وهو ما يشجعنا على القول بجواز حبس ووقف الأسهم وتسبيل عوائدها الذي هو محلّ سؤال السائل واستفتائه، والله سبحانه وتعالى أعلم".

وعلى جواز وقف الأسهم نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة في إمارة الشارقة رقم 181 (19/7) ونصه:

1- إن النصوص الشرعية الواردة في الوقف مطلقة يندرج فيها المؤبد والمؤقت، والمفرز والمشاع، والأعيان والمنافع والنقود، والعقار والمنقول لأنه من قبيل التبرع وهو موسع ومرغب فيه.

2- يجوز وقف أسهم الشركات المباح تملكها شرعاً والصكوك، والحقوق المعنوية، والمنافع، والوحدات الاستثمارية، لأنها أموال معتبرة شرعاً.

3- تترتب على وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع وغيرها أحكام من أهمها:-

أ- الأصل في الأسهم الوقفية بقاؤها واستعمال عوائدها في أغراض الوقف وليس المتاجرة بها في السوق المالية، فليس للناظر التصرف فيها إلا لمصلحة راجحة أو بشرط الواقف، فهي تخضع للأحكام الشرعية المعروفة للاستبدال.

ب- لو صفيت الشركة أو سددت قيمة الصكوك فيجوز استبدالها بأصول أخرى كعقارات أو أسهم وصكوك أخرى بشرط الواقف أو بالمصلحة الراجحة.

ج- إذا كان الوقف مؤقتاً بإرادة الواقف يُصفى حسب شرطه".

ولا بد من الإشارة إلى أنّ الأسهم التي يجوز وقفها هي الأسهم التي تقوّم بالمال في نظر الشرع، فالأسهم في شركات إنتاج الخمور مثلاً لا يجوز وقفها، وأمّا أسهم الشركات الربوية فإنها تقوّم بالمال في نظر الشرع، والأصل حرمة بيعها والتعامل معها (البنوك الربوية) أخذاً وإعطاءً، ولكن إنْ أراد صاحب هذه الأسهم التخلص منها، والتحلل من الإثم بالتبرع بها وقفاً، فإنني أرى جواز وقفها؛ لأنّ الفوائد الربوية طريق الخلاص منها عند عدم إمكانية ردّها لأصحابها هو صرفها على الفقراء والمساكين والمنافع العامة، وهذه من وظيفة الوقف الخيري، وعلى الجهات المسئولة عن إدارة الوقف العمل على استبدال هذه الأموال واستثمارها بالطرق المشروعة، وغنيٌ عن البيان أنّ هذا الحكم خاص بالأوقاف التي تُصرَف على المنافع العامة، أمّا الوقف الذري فلا يجوز وقفها عليه.

وعلى جواز وقف الأسهم نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة في إمارة الشارقة رقم (19/7)181 ونصه:

ويؤيد هذا ما ذهب اليه كثير من اهل العلم فقد عقد الامام الخلال في كتاب الوقوف من جامعة الكبير لمسائل الامام أحمد باباً بعنوان "وقف ما تنزه عنه من الاموال" وفيه جملة مسائل وجهت إلى الإمام أحمد منها: أنه سئل عن رجل مات وترك ضياعاً، وقد كان يدخل في أمور نكرة، فيريد بعض ولده التنزه فأجاب الإمام: اذا اوقفها على المساكين فاي شي بقي عليه؟ وسئل عن رجل في يده أرض أو كرمٌ يعلم أن اصله ليس بطيب ولا يعرف صاحبه، فقال الإمام: يوقفه على المساكين[86]، وقال شيخ الاسلام ابن تيمية "أن للإنسان التصدق بالمال المحرم، إرادة التخلص من خبث الحرام والتحلل من إثمه، لا يقصد ابتغاء الأجر والثواب، فالمعصية لا تكون سبباً للنعمه والرحمة[87] وهذا مقيد بألا يكون وقف المال المحرم في إقامة المساجد وسائر ما يقصد به التعبد المحض كطباعة المصحف والإنفاق على دور القرآن الكريم من حيث صيانتها والانفاق على الطلاب الفقراء فيها[88].

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلام الدولي رقم 19/7/181 في الفقرتين (ط، ى) من البند 3 في ثانياً بجواز وقف الأموال المحرمة أو التي فيها شبهة "يمكن لمن حاز أموالاً مشبوهة أو محرمة لا يعرف أصحابها أن يبرئ ذمته ويتخلص من خبثها بوقفها على أوجه

(86) كتاب الوقف للإمام الخلال 442/1.

(87) مجموع الفتاوى 486/21 و الأحكام الفقهية للوقف: د. عبد الستار ابو غدة 54-65.

(88) احكام المال الحرام: د. عباس الباز 302.

البر العامة في غير ما يقصد به التعبد، من نحو بناء المساجد أو طباعة المصاحف، مع مراعاة حرمة تملك أسهم البنوك التقليدية (الربوية) وشركات التأمين التقليدية.

ي: يجوز لمن حاز أموالاً لها عائد محرم أن يقف رأس ماله منها والعائد يكون أرصاداً له حكم الأوقاف الخيرية، لأن مصرف هذه العوائد والأموال إلى الفقراء والمساكين ووجوه البر العامة عند عدم التمكن من ردّها لأصحابها وعلى متولي الوقف أن يعمل بأسرع وقت على أن يستبدل بهذه الأموال ما هو حلال شرعاً، ولو خالف بذلك شرط الواقف، إذ لا عبرة بشرط الواقف إذا خالف نص الشارع".

وإذا انتهت الشركة أو تمّت تصفيتها فإنّ الأسهم الموقوفة أو مابقي منها يُصرف في وقفيات مماثلة في مقصد الواقف، فإن تعذّر فيُصرف على الفقراء والمساكين.

والمقصود من الأسهم الوقفية ليس تداولها في الأسواق المالية، وإنما المراد بها الاستفادة من ريعها مع بقاء أصل السهم ملكاً للجهة التي تمّ وقفه عليها، وليس للواقف الحق في بيع هذه الأسهم، أو سحبها، أو التدخل في طريقة استثمارها.

وقد انطلقت فكرة الأسهم الوقفية في عدد من الدول العربية مثل سلطنة عُمان والكويت والإمارات العربية المتحدة، وقد أشرت إلى سبق القانون المصري لسنة 1946م في النص على مشروعية هذه الأسهم، وتأصيلها ووضع ضوابط لها.

المطلب الثالث: وقف الصكوك

الصك في اللغة: الضرب، ومنه قوله تعالى:؟ فَصَكَّتْ وَجْهَهَا ؟[89] أي ضربته، والصك: الكتاب، والجمع أصك، وصكاك، وصكوك[90].

الصكوك في الاصطلاح: (وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين، أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك، وقفل باب الاكتتاب، وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله) [91].

وتختلف الصكوك الإسلامية عن الصكوك التقليدية التي عرفت في البلاد الغربية بأنّ لها أصولاً يتمّ تصكيكها وليست ديوناً، كما أنّ لها مواصفات وضوابط تلتزم بها وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

(89) سورة الذاريات: آية 30.

(90) مختار الصحاح: الرازي (ص367).

(91) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية (ص311).

وتتنوع الصكوك الإسلامية؛ فقد تكون صكوك مقارضة، أو صكوك في أعيان مؤجرة، أو صكوك في مؤسسات خدمية، أو صكوك في عقود بيع سلَم أو استصناع.

وقد ظهرت فكرة الصكوك الوقفية في المملكة الأردنية الهاشمية، وذلك بقصد إعمار وتنمية الممتلكات الوقفية بأسلوب سندات المقارضة، فشكلت لجنة لهذا الغرض، وصدر قانون خاص مؤقت رقم (10) لسنة 1981م، ثم عرض الأمر على مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الرابع بجدة سنة 1988م، فأقرّ المبدأ، وأجرى التعديل المناسب وفق الضوابط الشرعية، وعرّف سندات المقارضة بأنها: "أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة)، بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة، ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة، وما يتحوّل إليه بنسبة ملكية كلّ منهم فيه"[92].

وقد اشترط المجمع أن تتوافر العناصر التالية لتحقق المشروعية:

1- أن يمثّل الصك حصة شائعة في المشروع.

2- أن تستمر الملكية من بداية المشروع إلى نهايته.

3- أن يكون لمالك الصك جميع حقوق المالك في ملكه.

4- أن يكون التداول بعد فترة الاكتتاب، وبعد أن تكون غالب الموجودات من الأعيان والمنافع، وليس ديوناً أو نقوداً.

5- أن يقسّم الربح الناتج بين أصحاب رأس المال (حملة الصكوك) وبين المؤسسة التي تعمل كمضارب في المال بالنسبة المتفق عليها، وأن يكون نصيب حملة الصكوك من الربح حسب حصصهم.

6- يمكن إطفاء صكوك المقارضة بأن تقوم المؤسسة بشراء هذه الصكوك بقيمتها الحقيقية وليس الإسمية، ويحسن أن يتمّ تحديد السعر من قبِل أهل الخبرة، ولحامل الصك أن يبيعه لمن يريد، وليس ملزماً ببيعه إلى المؤسسة.

7- لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار، ولا صكوك المقارضة الصادرة بناءً عليها على نص يلزم مالك الصك بالبيع، ويجوز أن يتضمن الصك وعداً بالبيع[93].

---

(92) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة الرابعة، 2162/3، جدة 1988م.

(93) الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي: د. احمد السعد والأستاذ محمد العمري (ص82).

وبهذا يكون المجمع قد أجاز صكوك المقارضة بتنمية الأموال الوقفية، والسؤال الذي يثور هنا هو: هل يجوز وقف صكوك المقارضة بقصد التداول بها في الأسواق المالية للاستفادة من الربح الناتج عن بيع هذه الصكوك أوريعها؟

ذهب عدد من الباحثين إلى جواز ذلك بأن يتمّ بيع الصكوك إلى واقف آخر أو في السوق المالية؛ استناداً إلى القول بجواز استبدال الوقف[94]، وذلك في الوقف الخيري، ومن المعلوم أنّ جميع الفقهاء أجازوا الاستبدال في الوقف بشروط معينة؛ أهمها تعرضه للتلف، أو انقطاع ريعه، أو تحوّل الناس عن مكان الوقف إلى مكان آخر، ومنهم من جعله في المنقولات فقط، ومنهم من وسّع الدائرة فجعله في المنقول والعقار، وما دمنا قد رجحنا جواز وقف المنقول وعدم التأبيد في الوقف، وجواز وقف المشاع، فإنه يمكن القول بجواز وقف سندات المقارضة ضمن ضوابط محددة؛ أهمها ضبط الأسواق المالية بمعاير الشريعة الإسلامية[95].

ومن الصكوك التي يمكن أن تكون رافداً للوقف الخيري صكوك الأعيان المؤجرة، وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، المنعقدة في سلطنة عُمان، جواز صكوك الإجارة بشروطها، وقرر ما يلي[96]:

يجوز إصدار صكوك تمثل ملكية الأعيان المؤجرة وتداولها، إذا توافرت فيها شروط الأعيان التي يصح أن تكون محلاً لعقد الإجارة: كعقار، وطائرة، وباخرة ونحو ذلك، ما دام الصك يمثل ملكية أعيان حقيقية مؤجرة من شأنها أن تدرّ عائداً معلوماً.

يجوز لمالك الصك أو الصكوك بيعها في السوق الثانوية لأي مشتر.

يستحق مالك الصك حصته من العائد -وهو الأجرة- في الآجال المحددة في شروط الإصدار، منقوصاً منها ما يترتب على المؤجر من نفقة ومؤنة على وفق أحكام عقد الإجارة.

وإذا كانت صكوك الإجارة جائزة شرعاً، فإنه يجوز وقفها والاستفادة من ريعها عملاً بالرأي الراجح الذي يقول بجواز وقف المنافع، ووقف المنقول والمشاع، وعدم تأبيد الوقف على ما سبيق بيانه.

هذا وقد أشرنا عند حديثنا عن وقف الأسهم إلى أن مجمع الفقه الإسلامي قد أجاز في

---

(94) يقصد بالاستبدال: بيع عين من أعيان الوقف، وشراء عين أخرى لتحلّ محلها.

(95)الصكوك الوقفية دورها في التنمية: د. كمال حطاب (ص٥١). وقد نقل د. حطاب القول بالجواز عن د. عبدالحليم عمر: سندات الوقف مقترح لإحياء دور الوقف في المجتمع الإسلامي (ص76)، مؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية 1422هـ. وانظر الوقف الإسلامي: منذر قحف (ص275).

(96) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة الخامسة عشرة،2004م.

دورته التاسعة عشرة المنعقدة في الشارقة وقف الصكوك وذلك بقراره رقم 19/7/181 وبين الأحكام المترتبة على ذلك(97).

المطلب الرابع: وقف الحقوق والمنافع

أولا: وقف الحقوق

تعريف الحق وأقسامه:

يعرف الحق بمعناه العام بأنه: "اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً"(98).

وذلك كحق الولي في التصرف على مَنْ تحت ولايته، وكحق البائع في طلب الثمن من المشتري، وكحق الإنسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته، وكحق الوارث في ملكية أعيان التركة الموروثة(99).

والحق قسمان:

الأول: حق مالي؛ وهو ما يتعلق بالمال، كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع.

والثاني: حق غير مالي؛ وذلك كحق الولي في التصرف على الصغير، والحقوق السياسية، وحق الحرية.

الحق المالي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: حق شخصي؛ وهو مطلب يقرّه الشرع لشخص على آخر، وهو علاقة شرعية بين شخصين، يكون أحدهما فيها مكلفاً تجاه الآخر بالقيام بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر، أو أن يمتنع عن عمل منافٍ لمصلحته.

النوع الثاني: الحق العيني؛ فإن كانت العلاقة بين شخص وشيء مادي معين بذاته، بحيث يكون الشخص ذا مصلحة اختصاصية تخولّه سلطة مباشرة على عين مالية معينة، فإنّ هذه العلاقة تسمى بالحق العيني؛ وذلك كحق الملكية، وحق المسيل، وحق الرهن.

والحق العيني إمّا أصلي أو تبعي؛ فالأصلي يتحقق بمجرد وجود صاحب الحق، ومحلّه الجوار؛ كحق الملكية، وحقوق الارتفاق (حق الشرب، حق المرور، حق المسيل، حق التعلّي..).

والتبعي يثبت ويقرّر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر بديون له؛ ليتمكن الدائن

(97) انظر ص 28 من هذا البحث.

(98) المدخل الفقهي العام: العلامة مصطفى الزرقا (10/3).

(99) المرجع السابق: (3/10-20) بتصرف.

من استيفاء دينه منه عند عدم وفاء المدين؛ كحق المرتهن في احتباس المال المرهون، فهو حق توثيقي.

النوع الثالث: حقوق الابتكار أو الحقوق الأدبية؛ كحق المؤلف، وحق المخترع، والحقوق الصناعية والتجارية: كالاختصاص بالعلامة التجارية أو بالملكية الصناعية[100].

وما يقع تحت دائرة بحثنا هو النوعين الثاني والثالث من الحقوق المالية.

ثانيا: وقف المنافع

إنّ محلّ الوقف هو المال، ولذا فإنه يحسن أن نبيّن أولاً: هل المنافع تعتبر أموالاً في نظر الشرع أم لا تعتبر مالاً ؟

وهذا يدعونا لتعريف المال:

عرّف الحنفية المال بأنه: "ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادّخاره إلى وقت الحاجة"[101].

وبناءً على هذا التعريف تخرج المنفعة؛ لأنها لا تدّخر، وليس لها وجود خارجي، فالمنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً، وإنما هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن، فلا تعتبر ثروة من المال؛ لأنها لا يمكن فيها الإحراز والادّخار، وهم بذلك يفرقون بين الملك والمال، فهي مملوكة ولكنها ليست مالاً في نظرهم[102].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى اعتبار المنافع أموالاً متقومة في ذاتها؛ لأنها هي المقصودة من الأعيان، فإنّ أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها[103].

ويحسن هنا أن أنقل رأي المرحوم الأستاذ مصطفى الزرقا - وهو الفقيه الحنفي - في الترجيح بين الرأيين، وذلك لأنّ المقام لا يتسع لذكر الآراء ومناقشتها، لأنّ هذا ليس هو الموضوع الرئيسي في البحث، وإن كان تخريج القول في مسألة وقف المنافع ينبني عليها.

يقول الأستاذ الزرقا: "ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوّم الذاتي، هي **أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع**، ومصلحة التطبيق، وصيانة الحقوق من نظرية فقائنا في الاجتهاد الحنفي، فإنّ اعتبار المنافع غير ذات

---

(100) المرجع السابق (21/3)

(101) حاشية ردّ المحتار (500/4)، وعرفوه ايضاً بتعريف اخر هو: " ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع ". حاشية رد المحتار (51/5)

(102) بدائع الصنائع: للكاساني (154/7).

(103) المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا (208/3).

قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قويٌ من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها، وإنما هو غلوٌ في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي.. إلى أن يقول:

"وليت أنّ جمعية المجلة، بما منحته من صلاحية الاختيار المعتبر شرعاً، أخذت في هذا الموضوع بنظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي، فعممت ضمان المنافع واعتبرتها أموالاً متقومة بذاتها في سائر الأحوال؛ رعايةً لمصلحة المجتمع، وزجراً عن العدوان الذي أصبح معظم الناس لا يتحامونه لمجرد حرمته إذا لم تقترن بالمسؤوليات المدنية"[104].

وممّا سبق يتبيّن لنا أنّ الحنفية لا يجيزون وقف المنفعة؛ لأنها ليست مالاً، ومع ذلك فقد أجازوا وقف المنفعة استثناءً في الأحكار وهي: الأرض التي تعطيها الدولة لبعض الناس ينتفعون بها مقابل أجرة يعطيها المنتفعون، وتستمرّ أيديهم عليها، ويتوارثونها فيما بينهم، لا يتعرّض لهم أحد، ولا تزعجهم الدولة عنها، طالما استمرّوا في الوفاء بالتزاماتهم الكالية تجاه الدولة[105].

أمّا الشافعية والمالكية فقد أجازوا وقف المنافع، فقد جاء في مغني المحتاج[106]: "لو وقف بناءً أو غراساً في أرض مستأجرة له، أو مستعارة لذلك، أو موصى له بمنفعتها، فالأصح جوازه".

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير[107]: "يصح وقف كل مملوك ولو بالتعليق، سواء كان عقاراً أم منقولاً أم منفعة".

رأي الباحث:

سبق القول بأنّ الأموال التي تكون محلاً للوقف هي العقار والمنقول بصفة عامة، والعقار هو ما لا يمكن نقله أو تحويله من محلّ إلى آخر عند الحنفية[108]؛ وعليه فإنّ المنافع تندرج تحت مسمى الأموال المنقولة، وإذا قلنا بجواز وقفها عملاً برأي جمهور الفقهاء في وقف المنقول، فإنني أرجّح جواز وقف المنافع وقفاً خيرياً للأسباب التي سبق ذكرها.

وهذا ما ذهب إليه الكثيرون؛ فقد جاء في مجلة الفرقان: "أمّا بخصوص المحور الثاني وهو

(104) المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا (209/3).
(105) أحكام الوقف: للخصاف (ص34).
(106) مغني المحتاج: الشربيني (378/2)
(107) حاشية الدسوقي (75/4)
(108) مجلة الأحكام العدلية (ص128).

وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة: فقد قرّر المشاركون أنه يجوز وقف المنافع والحقوق لعموم النصوص الواردة في مشروعية الوقف، ولتحقيق مقاصد الشارع من الوقف، ما دامت المنافع والحقوق متقوّمة شرعاً، ويجوز أن يكون وقف المنافع والحقوق على سبيل التأبيد أو التأقيت"(109).

وجاء فيها أيضاً: "وكذلك جواز وقف منافع الأشخاص وهي: ما يقدمونه من أوقاتهم في وجوه الخير؛ مثل خبرات الأطباء، والمهندسين، والمعلمين، والمفكرين..إلخ".

وجاء في نفس المؤتمر القول بوقف حقوق الارتفاق، وحقوق الملكية الفكرية المشروعة، وبراءة الاختراع، وحق التأليف، وحق الابتكار، والاسم التجاري، والعلامة التجارية، ويُصرَف العائد من استعمالها في وجوه الوقف(110).

وقد نص مجمع الفقه الإسلامي الدولي عل جواز وقف الحقوق والمنافع وذلك في دورته التاسعة عشر المنعقدة في الشارقة من 26-30 نيسان سنة 2009م حيث جاء في قراره رقم 19/7/181 ما نصه:

"يجوز وقف أسهم الشركات المباح تملكها شرعاً، والصكوك، والحقوق المعنوية، والمنافع والوحدات الاستثمارية، لأنها أموال معتبرة شرعاً".

وجاء في بيان أحكامها:

"هـ: يجوز وقف المنافع والخدمات والنقود نحو خدمات المستشفيات والجامعات والمعاهد العلمية وخدمات الهاتف والكهرباء ومنافع الدور والجسور والطرق.

و: لا يؤثر وقف المنفعة لمدة محدودة على تصرف مالك العين بملكه، إذ له كل التصرفات المباحة شريطة المحافظة على حق الوقف في المنفعة.

ز: ينقضي وقف الحقوق المعنوية بانتهاء الأجل القانوني المقرر لها.

ح: يقصد بالتوقيت أن يكون للوقف مدة ينتهي بانقضائها، ويجوز التوقيت بإرادة الواقف في كل أنواع الموقوفات".

---

(109) مجلة الفرقان، صفحة (2) من العدد (5):
http//www.al-forqan.net/linkdesc.asp?id=36068ino=448p9=8

(110) المرجع السابق.

الخاتمة: في التوصيات

لمّا كانت معظم المسائل المتعلقة بمحلّ الوقف اجتهادية تتصف بالمرونة، وتتأثر بالظروف والأعراف الاجتماعية؛ تحقيقاً لمبدأ التكافل بين أبناء المجتمع الإسلامي، بما يتناسب مع كلّ عصر، وبما أنّ الأدوات المالية وآليات الاستثمار قد تنوّعت، ولم تعد محصورة في العقارات والأموال التي كانت سائدة في عصر السلف، حيث أصبحت الأموال التي يملكها الناس اليوم -غالباً- تتمثل في النقود، والأسهم، والصكوك، والحقوق، والمنافع والقول بعدم جواز الوقف إلا إذا كان عقاراً يؤدي إلى تعذّر مشاركة الكثيرين من أبناء المجتمع المسلم في الأوقاف الخيرية، وحرمانهم ممّا يترتب على ذلك من أجر عظيم، كما يترتب عليه عدم المشاركة الفاعلة في تحقيق مبدأ التكافل لسدّ خلة المحتاجين، وتحقيق قدر أكبر من الرفاه والسعادة لأبناء المجتمع المسلم، لذلك فإننا نوصي بما يلي:

أولاً: يجوز وقف الأسهم في المؤسسات الصناعية والتجارية والزراعية والخدمية على وجوه البرّ في الأوقاف الخيرية والذرية، إذا كانت مناشط هذه الأسهم واستثماراتها جائزة شرعاً.

ثانياً: لايجوز وقف أسهم الشركات التي تعمل في مناشط محرمة؛كإنتاج الخمور.

ثالثاً: يجوز وقف أسهم البنوك التقليدية (الربوية) في الأوقاف الخيرية لا الذرية؛ لأنّ رأس المال فيها ليس حراماً، والمال المستفاد من الفوائد الربوية؛ مصرفه إلى الفقراء والمساكين ووجوه البرّ ذات النفع العام عند عدم التمكن من ردّه لأصحابه. وعلى متولي الوقف أن يعمل على استبدال هذه الأسهم واستثمارها فيما هو حلال شرعاً. وإذا تعارض شرط الواقف مع شرط الشارع، فلاعبرة بشرط الواقف.

رابعاً: يجوز وقف الصكوك الإسلامية للاستفادة من ريعها، وسواء في ذلك صكوك المقارضة، أو الأعيان المؤجرة، أو صكوك المؤسسات الخدمية، أو صكوك عقود بيوع السلّم أو الاستصناع، إذا كانت في مؤسسات تعمل فيما هو حلال شرعاً، واستوفت الشروط الشرعية لتداولها وفق ضوابط محددة؛ ومن أهمها ضبط الأسواق المالية التي تعمل فيها بمعايير الشريعة الإسلامية.

خامساً: يجوز وقف الحقوق المالية، والحقوق الأدبية؛ كحق التأليف، وحق الابتكار، والعلامات الصناعية والتجارية، شريطة أن تكون في المباحات.

سادساً: يجوز وقف المنافع، سواء كانت منافع مؤسسات خدمية أو منافع أشخاص لفترات زمنية مؤبدة أو مؤقتة؛ كخدمات الأطباء والمستشفيات وغيرها فيما هو جائز شرعاً.

مراجع الفصل العاشر

أولاً: كتب اللغة

- القاموس المحيط: للفيروز أبادي.
- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، مطبعة مصر، سنة 1961م.
- لسان العرب: جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور الإفريقي)، ط1، دار صادر-بيروت.
- مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، ط1، دار الكتاب العربي-بيروت،سنة 1967م.
- معجم مقاييس اللغة: ابن فارس.

ثانياً: كتب الحديث

- صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ط الشيخ محمد بن راشد المكتوم، ط1، 1996.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط.دار الفكر.
- مسند الإمام أحمد.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: محمد بن علي الشوكاني، ط3،سنة 1961م، مصطفى البابي الحلبي-القاهرة.

ثالثاً: كتب الفقه الحنفي

- أحكام الوقف: أبوبكر أحمد بن عمر الخصّاف.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن ابراهيم (ابن نجيم)،ط.دار المعرفة-بيروت،الطبعة الثانية بالأوفست.
- رسالة وقف النقود: شيخ الإسلام أبو السعود العمادي.
- الفتاوى الهندية: جماعة من علماء الحنفية برئاسة الشيخ نظام.
- الفتاوى الخانية: مطبوع بهامش الفتاوى الهندية.
- المبسوط: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: أبوبكر مسعود بن أحمد الكاساني، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

- حاشية رد المحتار على الدرّ المختار: محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)،دار الطباعة المصرية- القاهرة سنة 1272هـ.

- فتح القدير: الكمال بن عبدالواحد (ابن الهمام)، ط.دار إحياء التراث العربي-بيروت.

رابعاً:كتب الفقه المالكي

- الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني: صالح عبد السميع الآملي.

- الحدود: لابن عرفة مع شرحه للرصاع.

- القوانين الفقهية: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.

- الشرح الكبير: للدردير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1996.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد (ابن عرفة الدسوقي).

- حاشية الصاوي على الشرح الصغير: أبوالعباس أحمد الصاوي، ط مصطفى البابي الحلبي، مصر.

- مواهب الجليل شرح مختصر خليل: محمد بن محمد بن عبدالرحمن الحطاب، ط.دار الفكر- بيروت.

- المدونة الكبرى: الإمام مالك بن أنس، دار صادر، بيروت، طبعة بالأوفست.

خامسا: كتب الفقه الشافعي

- أسنى المطالب شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري.

- المهذب: أبواسحاق ابراهيم الشيرازي، طبعة عيسى البابي الحلبي -القاهرة.

- تحفة المحتاج لشرح المنهاج: ابن حجر الهيثمي.

- تحرير ألفاظ التنبيه: يحيى بن شرف النووي.

- تكملة المجموع: محمد نجيب المطيعي،المكتبة السلفية-المدينة المنورة.

- حاشية البجيرمي على الخطيب: سليمان بن محمد البجيرمي، ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1951.

- مغني المحتاج شرح المنهاج: محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، طبعة مصطفى البابي الحلبي سنة 1958-القاهرة.

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شهاب الدين الرملي، ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1967.

سادساً: كتب الفقه الحنبلي

- الإنصاف في معرفة الراجح بن الخلاف علي بن سلمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي.
- المغني: موفق الدين عبدالله بن أحمد (ابن قدامة المقدسي)، مطبعة الإمام- القاهرة.
- المبدع شرح المقنع: لابن مفلح، دار عالم الكتب، الرياض.
- شرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس البهوتي.
- كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتي، ط.دار الفكر، 1982م.
- مجموع الفتاوى: شيخ الإسلام ابن تيمية.

سابعاً: كتب الفقه الإمامي

- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: زين الدين بن علي العاملي،ط.دار الفكر-دمشق.

ثامناً: كتب فقهية حديثة

- الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي: د.أحمد السعد العمري ود.محمد علي العمري، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف لسنة 1999م،طبعة الأمانة العامة للأوقاف /الكويت 2000م.
- محاضرات في الوقف: العلامة الشيخ محمد أبوزهرة.
- المدخل الفقهي العام: الأستاذ العلامة مصطفى الزرقا، مطابع ألف باء-الأديب، ط9، دمشق،1967م-1968م.
- وقف النقود والأوراق المالية وأحكامه في الشريعة الإسلامية: د. ناصر عبد الله الميمان.
- الوقف الإسلامي: تطوره،إدارته،تنميته: د. منذر قحف،دار الفكر، دمشق سنة 2000م.
- أحكام الوقف: الأستاذ مصطفى الزرقا، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، 1947.
- أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامي: د. أحمد فراج حسين، ط.دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،سنة 2003م.
- أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية: محمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد - بغداد، سنة 1977م.

- الأحكام الفقهية للوقف: د. عبد الستار أبو غدة.
- أحكام الوقف في الفقه والقانون: د. محمد سراج، طبعة 1993م، الإسكندرية.
- حكم تداول: سهم الشركات المساهمة: د. حمزة حسين الفعر العدد (15) سنة 2001م، الأزهر، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي.
- المنهل الصافي في الوقف وأحكامه: محمد أسعد الإمام الحسيني.
- أحكام المال الحرام: د. عباس الباز.
- المفصل في أحكام الربا: علي الشحود الباب.
- المفصّل في أحكام المرأة: د. عبدالكريم زيدان، ط1، مؤسسة الرسالة - بيروت،1993م.
- المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، البحرين 2004م.
- الصكوك الوقفية ودورها في التنمية: د. كمال حطاب،جامعة اليرموك/كلية الشريعة، بحث سنة 2006م.

تاسعاً: المجلات

- مجلة الأحكام العدلية.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي / جدة /1987م.
- مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي.



الفصل الحادي عشر
التأمين التكافلي العائلي

- المبحث الأول: في تعريف التأمين التعاوني الإسلامي ومشروعيته وفيه ثلاثة مطالب: المطلب الأول: في تعريف التأمين لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: في مصطلح التأمين الإسلامي التكافلي.

المطلب الثالث: في مشروعية التأمين الإسلامي التكافلي.

- المبحث الثاني: مبادئ التأمين التكافلي الإسلامي وأسس توزيع الفائض التأميني. وفيه مطلبان: المطلب الأول مبادئ التأمين التكافلي الإسلامي.

المطلب الثاني: أسس توزيع الفائض التأميني.

- المبحث الثالث: أنواع التأمين الإسلامي التكافلي.

المطلب الاول: التأمين على الأشياء..

المطلب الثاني: التأمين على الأشخاص.

المطلب الثالث: التأمينات الاجتماعية وأنواعها.

المطلب الرابع: التأمين الشخصي أو العائلي.

- المبحث الرابع: برنامج التأمين التكافلي العائلي وصوره في شركة الاخلاص للتكافل المساهمة.
- المبحث الخامس: أوجه الاختلاف بين التأمين التكافلي العائلي والتأمين التعاوني أو التكافلي على الأشياء.
- المبحث السادس: التعويض في التأمين التكافلي.

المبحث الأول: تعريف التأمين التعاوني الإسلامي ومشروعيته

المطلب الأول: في تعريف التأمين في اللغة والاصطلاح

التأمين في اللغة: الأمن ضد الخوف، والأصل. أن يستعمل في سكون القلب وزوال الخوف وأمِن البلد، اطمأن به أهله فهو آمن وأمين، قال تعالى: (رب اجعل هذا البلد آمنا) [1]، ورجل أَمَنَةَ: إذا كان يأمنه الناس ولا يخافون غائلته فهو مأمون الغائلة أي ليس له غول ولا مكر يخشى منه، والأمانة ضد الخيانة، والأمين هو المؤتمن الحافظ وضده الخائن.

والفعل أمِنَ يأتي بمعنى سلم من الخطر[2]. وعليه فإن كلمة أمِن ومشتقاتها تفيد الطمأنينة والثقة وزوال الخوف والأمانة، وكل هذه المعاني ذات صلة وثيقة بمفهوم التأمين.

التأمين التعاوني الإسلامي في الاصطلاح:

هو اتفاق بين مجموعة من الأشخاص على تحمل الخطر والأضرار المحتملة من خلال إنشاء حساب (صندوق) غير هادف للربح، له ذمة مالية مستقلة، تجمع فيه الأقساط والإيرادات، وتصرف منه الاستحقاقات من تعويضات ومصروفات، وما تبقى هو الفائض، كل ذلك وفقاً لنظام (الحساب) الذي تتوكل في إدارته واستثماراته شركة متخصصة وفق أحكام الشرعية الإسلامية[3].

وبهذا المعنى جاء تعريف المعايير الشرعية حيث نص المعيار رقم(26) في الفقرة الثانية منه على أن التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية وله ذمة مالية مستقلة (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك طبقاً للوائح والوثائق، ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بأعمال إدارة التأمين واستثمار موجودات الصندوق[4].

---

(1) سورة ابراهيم:35.

(2) ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص، 223-224.

(3) الملتقى الأول للتأمين التعاوني الذي نظمته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في 22-25 محرم 1430هـ . وانظر د. عبد الحميد البعلي، أسس رئيسة للتأمين التعاوني، بحث مقدم في منتدى التكافل السعودي الدولي الأول، جدة، سنة 2004م، ص31.

(4) المعايير الشرعية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم 2/26.

المطلب الثاني: مصطلح التأمين الإسلامي التكافلي:

لما كان التأمين التعاوني مصطلحاً مستخدماً أصالة في صناعة التأمين التقليدي وله دلالاته وآلياته التقليدية فهو تأمين ذو أهداف تعاونية، ويعتبر من أبرز أنواع التأمين التقليدي، ولذلك فهو نموذج تأميني، وإن كانت أهدافه تعاونية، وهو لا يلتزم بالضوابط الشرعية الإسلامية، لذا فقد رأى عدد من العلماء أن مصطلح التامين التكافلي هو المصطلح الأقرب إلى استمداد الفكرة من الشريعة الإسلامية، فالتكافل الاجتماعي مبدأ من مبادئ الإسلام له أساليبه وطرقه الوجوبية: كالزكاة والنفقات بين الأقارب وزكاة الفطر والديات في القتل الخطأ والكفارات وله أساليبه وطرقه المندوبة مثل: الوقف والوصية هذا في المجال المادي أما في المجالات غير المادية فأساليبه وطرقه الوجوبية والمندوبة كثيرة ويأتي على رأسها الجهاد، والتراحم والتعاطف بين المسلمين ولما لكل منهم على الآخر من حقوق بدءاً من زيارة المريض والمشي في الجنازة والصلاة على الميت إلى سائر فروض الكفايات التي تمثل قمة التكافل في المجتمعات المسلمة.

والتأمين التعاوني التقليدي لا يلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية فهو يقبل الإيداعات الربوية كما أنه يقبل القروض بفوائد ربوية ويستثمر أمواله في السندات الربوية، لكل هذا فإن استقلالية المصطلح دليل على استقلالية فكرة التأمين التكافلي التي تلتزم بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

وقد وجدت بعض الشركات التي لم تأخذ من التأمين التعاوني إلا الاسم فقط حيث تطبق التأمين التجاري بحذافيره دون أن يكلف القائمون عليها أنفسهم ببعض التغييرات الصورية ونتيجة لهذا صدر بيان عن اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية حول التأمين التجاري والتأمين التعاوني ينزع المشروعية عن الشركات التي تغرر بالمسلمين وتدلس عليهم فتدعي بأنها تعاونية إسلامية وهي بعيدة عن تطبيق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في سائر أعمالها التأمينية وهذا نص البيان الذي وقعه المرحوم الشيخ عبد الله بن باز: (الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:-

فإنه سبق أن صدر عن هيئة لجنة العلماء قرار بتحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه، لما فيه من الغرر والمخاطرات العظيمة وأكل أموال الناس بالباطل وهي أمور يحرمها الشرع المطهر وينهى عنها أشد النهي، كما صدر قرار من هيئة كبار العلماء بجواز التأمين التعاوني وهو الذي يتكون من تبرعات المحسنين ويقصد به مساعدة المحتاج والمنكوب ولا يعود بشيء على المشتركين ولا على أصحاب رؤوس الأموال بأرباح ولا بأي عائد استثماري، لأن قصد

المشترك ثواب الله تعالى ولم يقصد عائداً دنيوياً وذلك داخل في قوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾[5]، وفي قول النبي ﷺ: (والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه) وهذا واضح لا إشكال فيه، ولكن ظهر في الآونة الأخيرة من بعض المؤسسات والشركات تلبيس على الناس وقلب الحقائق، حيث سموا التأمين التجاري المحرم تأميناً تعاونياً ونسبوا القول في إباحته إلى هيئة كبار العلماء من أجل التغرير بالناس ودعم شركائهم، وهيئة كبار العلماء بريئة من هذا العمل كل البراءة لأن قرارها واضح في التفريق بين التأمين التجاري والتأمين التعاوني، وتغيير الاسم لايغير الحقيقة، ولأجل البيان للناس وكشف التلبيس ودحض الكذب والافتراء صدر هذا البيان)[6].

لكل ما سبق فإن مقتضى التأصيل الشرعي واستقلالية التطبيق الإسلامي تقتضي أن يستعمل مصطلح التأمين التكافلي الإسلامي[7].

المطلب الثالث: مشروعية التأمين الإسلامي التكافلي:

لقد تظافرت الأدلة على جواز التأمين التكافلي من الكتاب والسنة

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾[8]

والبر يتناول الواجب والمندوب إليه والمعنى ليعن بعضكم بعضاً في أداء الواجب وفي أداء المندوب، قال الماوردي: ندب الله سبحانه إلى التعاون بالبر وقرنه بالتقوى له، لأن في التقوى رضا الله تعالى، وفي البر رضا الناس، ومن جمع بين رضا الله تعالى ورضا الناس فقد تمت سعادته وعمت نعمته، قال ابن خويز منداد في أحكامه: والتعاون على البر والتقوى يكون بوجوه، فواجب على العالم أن يعين الناس بعلمه فيعلمهم، ويعينهم الغني بماله، والشجاع بشجاعته في سبيل الله، وأن يكون المسلمون متظاهرين كاليد الواحدة، المؤمنون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم. ويجب الإعراض عن المتعدي وترك النصرة له ورده عما هو عليه[9].

---

(5) سورة المائدة:(2)

(6) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، بيانات وفتاوى مهمة، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام، 1421هـ

(7) قوانين التأمين التكافلي الأسس الفنية والمعايير الشرعية، د. رياض منصور الخليفي بحث مقدم إلى مؤتمر التأمين التعاوني، ابعاده وافاقه وموقف الشريعة منه، المنعقد في الجامعة الأردنية، عمان بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (ايسيسكو) 11-2010/4/12.

(8) سورة المائدة: (2)

(9) القرطبي: احكام القران 470046/6.

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية:

قول الرسول ﷺ: (من نفَّس عن مسلم كربة من كرب الدنيا، نفَّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسَّر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه، ومن سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله له طريقاً إلى الجنة، وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله يتلون كتاب الله ويتدارسونه إلا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة وذكرهم الله فيمن عنده، ومن أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه)[10].

وقوله ﷺ: (ترى المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى عضواً تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى) [11].

وقوله ﷺ: (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً)[12].

وقوله ﷺ: (إن الأشعرين إذا ارتحلوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية، فهم مني وأنا منهم)[13].

وبالحديث الذي رواه البخاري عن أبي عبيدة بن الجراح في باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ بعث بعثاً قِبَلَ الساحل فأمّر عليهم أبا عبيدة بن الجراح وهم ثلاثمائة وأنا فيهم، فخرجنا حتى إذا كنا ببعض الطريق فني الزاد، فأمر أبو عبيدة بأزواد ذلك الجيش فجمع ذلك كله، فكان مِزْودي تمر، فكان يقوتنا كل يوم قليلاً قليلاً، حتى فَنِيَ فلم يكن يصيبنا إلا تمرة، فقلت، وما تغني التمرة؟ قال: لقد وجدنا فقدها حين فنيت، قال: ثم انتهينا إلى البحر فإذا حوت مثل الضرب فأكل منه ذلك الجيش ثمانية عشرة ليلة، ثم أمر أبو عبيدة بضلعين من أضلاعه فنصبا ثم أمر براحلة فرحلت ثم مرت تحتها فلم تصبهما[14].

ويستفاد من حديث الأشعريين وحديث أبي عبيدة أنه يجب على من معه من الزاد أن يواسي من ليس له زاد.

قال العيني: والنَّهْدُ بفتح النون وكسرها وسكون الهاد وبدال مهملة إخراج القوم نفقاتهم على قدر عدد الرفقة.

---

(10) البخاري: صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه. ومسلم، صحيح مسلم واللفظ له 71/8.
(11) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم، وأخرجه مسلم، صحيح مسلم في كتاب البر 20/8.
(12) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب تراحم المؤمنين 200/4.
(13) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم 200/4.
(14) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشركة في الطعام.

والنهد: العون، وطرح نَهْدَه مع القوم أعانهم وخارجهم، وقد تناهدوا أي تخارجوا، يكون ذلك في الطعام والشراب، وقيل: النهد إخراج الرفقاء النفقة في السفر وخلطها ويسمى بالمخارجة وذلك جائز في الجنس الواحد والأجناس وإن تفاوتوا في الأكل، وليس هذا من الربا في شيء وإنما هو من باب الإباحة [15]. ويستدل له بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (من دعا إلى هدى كان له من الأجر مثل أجور من تبعه إلى يوم القيامة لا ينقص من أجورهم شيئاً) [16].

ويفهم من الأحاديث السابقة أن الدعوة إلى الوقوف إلى جانب من أصابه ضرر أو حلت به كارثة هي دعوة إلى هدى.

ولا شك أن التأمين التكافلي فيه معنى العون والدعوة إلى الوقوف إلى جانب من أصابه ضرر أو حلت به كارثة.

وقد اتفق غالبية العلماء المعاصرين على حرمة التأمين التجاري في أُسبوع الفقه الإسلامي بدمشق عام 1961م، ومؤتمر علماء المسلمين الثاني بالقاهرة عام 1965م ومؤتمر علماء المسلمين السابع في القاهرة عام 1972م وهو ما أكده مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر في مؤتمره الثاني عام 1965م وأكده مجلس هيئة كبار العلماء في السعودية عام 1978م وأكده أيضاً قرار المجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة عام 1978 وقرار الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي عام 1993 وقرار مجمع افقه الإسلامي الدولي عام 1985 وصدرت قرارات من المجامع الفقهية بمشروعية التأمين التعاوني التبادلي والاجتماعي القائم على التعاون والتبرع وليس على أساس المعاوضة ومن ذلك ما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 9(2/9) حيث جاء فيه: (إن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون)[17]

ومنها قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى عام 1398هـ المؤكد لقرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم(51) في دورته العاشرة بالرياض في 1397/4/4هـ وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 2/9/9 وجاء في مستند القرار الأدلة على أهمية هذا الأمر ومشروعيته وأن تنشأ لذلك شركة تأمين تعاونية مختلطة للعمل بالتأمين التعاوني ونوجزها في النقاط التالية:

1- إن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار

(15) العيني: شرح صحيح البخاري، 44/12.
(16) مسلم، صحيح مسلم 62/8.
(17) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي الدولي: ع2ج2 ص545.

والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

2- خلو التأمين التعاوني من الربا.

3- لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني مقدار ما يعود عليهم من النفع لأنهم متبرعون فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة بخلاف التأمين التجاري فإنه عقد معاوضة تجارية.

4- قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما جمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذي من أجله أنشئ هذا التعاون سواء كان القائم بذلك متبرعاً أو مقابل أجر معلوم.

5- يرى المجلس أن يكون التامين التعاوني على شكل شركة تأمين تعاونية مختلطة (أي من الأفراد والدولة) للأسباب الآتية:

أ- الالتزام بالفكر الاقتصادي الإسلامي الذي يترك للأفراد مسؤولية القيام بمختلف المشروعات الاقتصادية ولا يأتي دور الدولة إلا كعنصر مكمل لما عجز الأفراد عن القيام به، وكدور الموجه والمراقب لضمان نجاح هذه المشروعات وسلامة عملياتها.

ب- الالتزام بالفكر التعاوني التأميني الذي بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذي ومسئولية إدارة المشروع.

جـ- تدريب الأهالي على مباشرة التأمين التعاوني وإيجاد المبادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية لأن ذلك يجعلهم أكثر حرصا ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التي يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها وهذا يحقق مصلحة لهم في نجاح التأمين التعاوني.

د- إن صورة الشركة المختلطة تجعل المستفيدين يشعرون بدور الدولة في حمايتهم ومساندتهم وأنه ليس منحة من الدولة لهم، كما يشعرهم في نفس الوقت بالمسؤولية التي تقع على عاتق كل منهم.

وخلاصة القول أنه لا خلاف بين العلماء الباحثين في عقود التأمين في مشروعية التأمين التعاوني لأن النصوص التي سبق ذكرها من الكتاب والسنة تتضافر معانيها لتحقيق التعاون والتكافل بين المسلمين يقول الدكتور علي القره داغي[18]: (لا خلاف بين الجميع في أن فكرة التأمين فكرة مقبولة بل مشروعة مطلوبة إسلامياً ولكن صياغتها في عقودها الراهنة التي لم

(18) د. علي القره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص 279.

تراعى فيها مبادئ الشريعة وقواعدها العامة من حرمة الربا والضرر والقمار والمراهنة والجهالة هي التي جعلت هذه العقود غير مشروعة عند الكثيرين)

ويقول المطيعي: (التأمين بمعنى الفكرة والنظرية إذن ليس داخلاً في محل الخلاف وشرعيته بهذا المعنى لا تستلزم بالضرورة شرعية ما تضمن الغرر من العقود التي يقصد بها تحقيق الفكرة وتطبيق النظرية)[19].

المبحث الثاني: مبادئ التأمين التكافلي الإسلامي وأسس توزيع الفائض التأميني

المطلب الأول: مبادئ التأمين التكافلي الإسلامي

يقوم التأمين الإسلامي على المبادئ الأساسية التالية الواجب توافرها في عقود التأمين الإسلامية أوجزها فيما يلي:

1- عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في عقودها وجميع أنشطتها واستثماراتها ومن ذلك عدم تأمينها على المحرمات مثل البنوك الربوية والبارات والخمور ولحوم الخنزير وعدم تأمينها على أغراض محرمة مثل المراقص والملاهي المحرمة، كما لا يجوز لها أن تودع أموالها في البنوك الربوية أو أن تستقرض منها بالفوائد الربوية.

2- أن يكون لها هيئة رقابة شرعية تكون فتاواها ملزمة للشركة ووجود إدارة رقابة وتدقيق شرعي داخلي.

3- تحقيق مبدأ التعاون والتكافل بين المشتركين وذلك بالتبرع بالقسط التأميني (الالتزام بالتبرع) حيث ينبغي أن ينص في العقد على أن المشترك يتبرع بالاشتراك وعوائده لحساب التأمين لدفع التعويضات، وقد يلتزم بتحمل ما قد يقع من عجز حسب اللوائح المعتمدة.

4- أن ينص على أن الشركة وكيلة في إدارة أعمال التأمين التعاوني مقابل أجر معلوم أو بدون أجر وعلى الشركة القيام بإدارة عمليات التأمين من إعداد وثائق التأمين وجمع الاشتراكات ودفع التعويضات وغيرها من الأعمال الفنية مقابل أجرة معلومة ينص عليها في العقد حتى يعتبر المشترك قابلاً بها بمجرد التوقيع عليها وعلى الشركة أن تدير عمليات التامين وفق المصلحة ولا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط، وتتحمل الشركة المصروفات الخاصة بتأسيس الشركة وجميع المصروفات التي تخصها أو تخص استثمار أموالها.

(19) المطيعي: تكملة المجموع 31-265.

كما أن على الشركة أن تقتطع الاحتياطي القانوني للشركة المساهمة من أموال المساهمين ويكون من حقوقهم، وكذلك كل ما يجب اقتطاعه مما يتعلق برأس المال، ولا يجوز اقتطاع أي جزء من أموال حملة الوثائق أو أرباحها لصالح المساهمين.

5- أن ينص على أن الشركة مضاربة في استثمار أموال صندوق التأمين وفق أحكام شركة المضاربة الإسلامية أو وكيلة عن المشتركين في استثمار أموال المشتركين بأجر معلوم.

6- قيام الشركة المنظمة للتأمين بإنشاء حسابين منفصلين، أحدهما خاص بالشركة نفسها: حقوقها والتزاماتها، والآخر خاص بصندوق حملة الوثائق والتزاماتهم.

7- مشاركة حملة الوثائق في إدارة عمليات التأمين من خلال إيجاد صيغة قانونية مناسبة لممارسة حقهم في الرقابة، وحماية مصالحهم ومن ذلك تمثيلهم في مجلس الإدارة،إن أمكن ذلك وهذا ليس شرط صحة وإنما هو على سبيل الأفضلية.

8- توزيع الفائض التأميني والأرباح المحققة من الاستثمارات والخاصة بحساب صندوق حملة الوثائق على حملة الوثائق بعد اقتطاع الاحتياطيات التي تراها الشركة محققة لمصلحة حملة الوثائق على أن لا تؤول إلى المساهمين.

9- إذا استثمرت الشركة أموال حملة الوثائق على أساس المضاربة الشرعية والتي تحدد فيها نسبة كل من المضارب (الشركة) ورب المال (حملة الوثائق) فإن الشركة تتحمل ما يتحمله المضارب وفق أحكام شركة المضاربة في الشريعة الإسلامية.

وإذا استثمرت الشركة أموال حملة الوثائق على أساس الوكالة بالاستثمار فإنه يطبق حكم الوكالة بأجر وفق أحكام الوكالة المقررة في الشريعة الإسلامية.

10- يتحمل حساب حملة الوثائق جميع المصروفات والعمولات الخاصة بأنشطة التأمين.

11- في حالة عجز موجودات التأمين عن سداد التعويضات المطلوبة وعدم كفاية تعويضات شركات إعادة التأمين فإنه يجوز للشركة أن تسد العجز ويعتبر قرضاً حسناً على حساب صندوق التأمين، وتغطى الالتزامات الناشئة عن العجز الحادث في سنة ما من فائض السنوات التالية، كما يجوز للشركة مطالبة حملة الوثائق بما يسد العجز إذا التزموا ذلك في وثيقة التأمين.

12- لا تستحق الشركة أي شيء من الفائض لأنه ليس لحملة الأسهم (المؤسسين للشركة) .

13- عند تصفية الشركة تصرف جميع المخصصات المتعلقة بالتأمين (حملة الوثائق) والفوائض المتراكمة في وجوه الخير، لأنه ليس ملكاً للشركة والمساهمين[20].

المطلب الثاني: أسس توزيع الفائض التأميني

ويخضع توزيع الفائض بعد تكوين الاحتياطات والمخصصات المتعلقة بصندوق التأمين لما تقرره هيئة الرقابة الشرعية للشركة، ولهيئة الرقابة الشرعية أن تعتمد إحدى الطرق الآتية لتوزيع الفائض التأميني على أن ينص على الطريقة المختارة منها في اللوائح:

الطريقة الأولى: التوزيع على حملة الوثائق بنسبة اشتراكهم دون تفرقة بين من حصل على تعويضات ومن لم يحصل خلال الفترة المالية.

الطريقة الثانية: التوزيع على حملة الوثائق الذين لم يحصلوا على تعويضات أصلاً خلال الفترة المالية، دون من حصلوا على تعويضات.

الطريقة الثالثة: التوزيع على حملة الوثائق بعد حسم التعويضات المدفوعة لهم خلال الفترة المالية.

المبحث الثالث: أنواع التأمين الإسلامي التكافلي

التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص:

المطلب الأول: التأمين على الأشياء

من المخاطر والأضرار، ويقصد به حماية الممتلكات وأموال المؤسسات والشركات والأفراد من الأخطار والحوادث مثل التأمين ضد الحريق والسرقة وتأمين البضائع والشحن والبيوت والسيارات والطائرات والمسؤولية وخيانة الأمانة وسائر الممتلكات ويطلق على هذا القسم حسب نظام التأمين التقليدي التأمين التجاري وأصبح يعرف في المنظور الإسلامي بالتأمين التعاوني، وهو يقوم على تعويض الضرر الفعلي، وغالباً ما يكون هذا النوع من التأمين قصير الأجل فمدته لا تزيد عن سنة أو سنتين غالباً وربما كانت بضعة أشهر، وهذا أوسع أنواع التأمين وهو ليس محل هذه الدراسة.

المطلب الثاني : التأمين على الأشخاص:

ويقصد به التأمين ضد الأخطار التي تصيب الفرد أو الشخص أو تهدد حياته أو تهدد

(20) المعايير الشرعية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعيار رقم 26 والفقرات 5-10-12-14 وكتاب الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، 100 سؤال وجواب حول البنوك الإسلامية ص96-99.

أمن أسرته أو عائلته، ومحل عقد التأمين فيه هو الشخص أو العائلة، وهو من العقود طويلة الأجل غالباً، ويهدف إلى مساعدة المشترك على حصول عائد كبير في المستقبل، ويدخل في هذا النوع التأمينات الاجتماعية والتأمين التكافلي العائلي وسنتحدث بإيجاز عن التأمينات الاجتماعية ثم نتحدث عن التأمين التكافلي العائلي موضوع هذه الدراسة.

المطلب الثالث: التأمينات الاجتماعية وأنواعها:

وهي في مجملها أنظمة تفرضها الدولة وتشرف عليها لصالح العاملين داخل الدولة ضد أخطار معينة: (الموت، الهرم، العجز عن العمل) يتعرض لها أصحاب العمل والحرف.

وتتميز التأمينات الاجتماعية بخصائص منها:

أ- أنها إلزامية، تفرضها الدولة لمن يشمله هذا التأمين.

ب- أن أقساط التأمينات الاجتماعية منخفضة.

جـ- أن الدولة أو صاحب العمل يضيف إلى الأقساط نسبة مكملة.

د- أن هذه التأمينات تهدف إلى حماية الطبقة (الفئة) العاملة.

هـ- أنها لا تهدف لتحقيق الأرباح.

و- إذا لم تف صناديق التأمين الخاصة بالتأمينات الاجتماعية بمتطلبات عقد التأمين فإن الدولة تعمل على الوفاء بالتزامات عقد التأمين، ذلك لأن التأمينات الاجتماعية تنظمها الدولة غالباً بتشريعات آمره [(21)].

أنواع التأمينات الاجتماعية:

1- نظام التقاعد، حيث يحصل المشترك فيه على راتب عند بلوغه سناً معينة أو بعد مضي مدة معينة عليه وهو يعمل في الوظيفة، وعادة ما تطبقه الدول أو المؤسسات الكبرى وتقتطع الدولة أو المؤسسة جزءاً من راتبه السنوي.

2- نظام الضمان الاجتماعي: حيث يحصل المشترك فيه على راتب شهري عند بلوغه سناً معينة أو بعد مضي مدة معينة عليه في العمل، كما انه يعطي الموظف تعويضاً في حالة الإصابة بالمرض أو العجز أو الشيخوخة مقابل اقتطاع جزء من راتبه الشهري، وتطبقه

(21) د. غريب الجمال: التأمين التجاري والبديل الإسلامي، ص270 د. علي القره داغي، مفهوم التأمين التعاوني، ماهيته ضوابطه ومعرفته، دراسة فقهية اقتصادية، بحث مقدم إلى مؤتمر لتعاوني المنعقد في عمان، سنة 2010، ود. محمد بلتاجي: عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي، ص204.

غالبية الدول على موظفيها كما تطبقه المؤسسات على العاملين فيها وفق النظام المعمول به في كل دولة.

3- نظام التأمين الصحي وهو أن تتكفل الدولة أو المؤسسة التي يعمل لديها المشترك بتقديم العلاج اللازم مقابل قسط شهري يدفعه[22].

المطلب الرابع: التأمين الشخصي أو العائلي:

ويقصد من هذا النوع تأمين الفرد أو العائلة من الأخطار التي تهدد حياته في جميع ما يتعلق بشئون حياته أو سلامة جسمه أو صحته أو شيخوخته وهذا النوع من التأمين لا يقوم على التعويض عن الضرر الفعلي كما الأمر في التأمين على الأشياء لأنه يغطي الأضرار المعنوية المتوقعة وهي غير محددة ويحدث بعضها في المستقبل ومن التأمينات الشخصية أو العائلية:

أولاً: التامين على الحياة كما هو معروف في التأمين التقليدي ويسمى بالتأمين التكافلي تمييزاً له عن بقية أنواع التأمين، ويرى بعض العلماء [23] أن تسميته بالتامين على الحياة تسمية استعملتها شركات التأمين تسمية دعائية وليست مطابقة للمقصود من هذا العقد، لأن المستأمن يدفع لشركة التأمين مبلغاً من المال في مقابل ما تدفعه له شركة التامين إذا مات أو إذا بقي حياً في الوقت المتفق عليه في العقد للمستفيد الذي عيَّنه أو لورثته فهو ليس تأمينا على الحياة، إذ الحياة طولها وقصرها بيد مانحها جل شأنه دون غيره، قال تعالى ﴿ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ ﴾ [24] وقال تعالى ﴿ وَلَوْ يُؤَاخِذُ اللَّهُ النَّاسَ بِظُلْمِهِم مَّا تَرَكَ عَلَيْهَا مِن دَابَّةٍ وَلَٰكِن يُؤَخِّرُهُمْ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَإِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ لَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ (٦١) ﴾ [25] فليس في هذا التأمين تامين للحياة ولا للبقاء، إذ وجود التامين وعدمه سواء، كما أن أثره لا يخضع للمعايير المادية حتى يصح القول بالتعويض عن وقوعه فلا يصح تعويضه هو عن موته لأن ذمته وأهليته التي يملك بها قد انتهت، وكذلك لا يصح تعويض ورثته عن موته لأن ضرر موته الواقع على الورثة لا يمكن ضبطه ولا تحديد أثره بمعيار مادي.

---

(22) د. غريب الجمال: التامين التجاري والبديل الإسلامي ص 52.

(23) د. حسن الشاذلي في بحثه التامين التعاوني الإسلامي، حقيقته وانواعه، مقدم إلى مؤتمر التأمين التعاوني ومدقق الشريعة منه المنعقد في عمان عام 2010.

(24) سورة لقمان: 34.

(25) سورة النحل: 61

والأصل في التعويض أن يكون عن الضرر الفعلي، وتعويض الضرر في الشرع يكون بإيجاب المثل إذا أمكن، ويعدل عن المثل إلى القيمة إذا تعذر إعطاء المثل، والموت لا يمكن تقدير الضرر الفعلي الناتج عنه، فقد يكون الموت خيراً له من حياته ففي الحديث عن النبي ﷺ (اللهم بعلمك الغيب وقدرتك على الخلق أحييني ما علمت الحياة خيراً لي، وتوفني إذا علمت الوفاة خيراً لي) [26][27].

وللتأمين التكافلي على الحياة صور كما هو معمول به في التأمين التقليدي.

الصورة الأولى: التأمين لحالة الوفاة.

وهو عقد يتعهد المؤمن بموجبه أن يدفع مبلغ التأمين عن وفاة المؤمن على حياته مقابل أقساط يدفعها الأخير للأول ويتحقق من خلال:

أ- **التأمين العُمري**: وهو تأمين يستحق فيه مبلغ التأمين عند الوفاة، أي أن المشترك يبقى يدفع أقساط التأمين إلى حين وفاته فالمبلغ المالي هو لإعالة من تركهم الميت.

ب- **التأمين المؤقت**: وفي هذا لا يستحق مبلغ التأمين إلا إذا مات المؤمن له خلال مدة التأمين، أي أن المؤمن يلتزم بدفع قسط التأمين إلى أجل معين وهو غالباً ما يمتد من سنة إلى أربعين سنة أو أكثر، فإن مات خلال هذه المدة فإنه يستحق مبلغ التأمين وإذا مات بعدها، فيسقط الالتزام عن ذمة الشركة وينتهي العقد بمجرد انتهاء فترة التعاقد.

جـ- **تامين البقيا**: وهو أن يدفع المؤمِّن مبلغ التأمين لصالح المستفيد من مبلغ التامين أو لأحد ورثته المسمى في العقد، فإن مات المستفيد قبل موت المؤمن له فإن مبلغ التامين يسقط وتبرأ ذمة الشركة من دفع التأمين. فبقاء المستفيد حياً بعد موت المؤمن على الحياة شرط لاستحقاق مبلغ التأمين بعد موت المؤمن (على الموت)، وكثير ممن يلجئون إلى هذا النوع من التأمين يهدفون على تأمين شخص عزيز بعد موتهم بمبلغ من المال يستعين به في الحياة، وغالباً ما يقصد شخصاً معيناً بالذات[28].

الصورة الثانية التأمين لحالة البقاء.

وهو العقد الذي تلتزم بموجبه شركة التأمين أو المؤمِن بدفع مبلغ التأمين أن بقي المؤمن له حياً إلى وقت معين أي أن يبقى المؤمِّن على حياته حياً إلى فترة انتهاء العقد، ويكون المستفيد

(26) المناوي: التيسير 223/1.

(27) د. حسن الشاذلي: بحث التأمين التعاوني، حقيقته وانواعه، مقدم إلى مؤتمر التامين التعاوني وموقف الشريعة الإسلامية منه المنعقد في عمان سنة 2010

(28) د. غريب الجمال، التامين التجاري والبديل الإسلامي ص 59.

هو المؤمَّن على حياته، أما إذا مات خلال فترة العقد فإنه لا يستلم مبلغ التأمين على بقاء الحياة وتبرأ ذمة الشركة.

الصورة الثالثة: التأمين المختلط

وهو الذي يجمع بين التأمين لحالة الوفاة والتامين لحالة البقاء، أي أن المؤمن له يدفع قسط التأمين إلى شركة التأمين، وإذا مات المؤمَّن على حياته خلال مدة عقد التأمين، أو بقي حياً إلى ما بعد انتهاء مدة التامين فإنه يستحق مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد، وغالباً ما يكون مبلغ التقسيط عالياً ومرتفعاً وذلك لأنه يستحق مبلغ التأمين في كلا الاحتمالين [29].

ثانياً: التأمين ضد الحوادث التي تصيب الأفراد.

وهو عقد يتعهد بموجبه المؤمن للمؤمن له أو المستفيد بدفع مبلغ التأمين إذا مات المؤمن له أو بدفع مصروفات العلاج إذا وقع على جسمه عاهات أو إصابات جسيمة بسبب خارج عن إرادته.

ثالثاً: التأمين ضد المرض (التأمين الصحي):

وهو وثيقة التأمين الصحي الخاص الذي يتعهد بموجبه المؤمن بدفع مبلغ التأمين أو مصروفات دخول المستشفى للعلاج أو الجراحة وغيرها من المصروفات الأخرى والعناية الطبية كلياً أو جزئياً للمؤمن له نظير دفعه لأقساط التأمين في حالة ما إذا مرض المؤمن له في أثناء مدة التأمين، ويمكن أن تشمل وثيقة التأمين الصحي الخاص أفراد الأسرة كالزوجة والأطفال وغيرهم.

رابعاً: التأمين ضد الهرم والشيخوخة:

وهذا النوع يدخل تحت نظام المعاشات والتقاعد والمكافآت التي تعطي للعامل أو الموظف عند نهاية الخدمة أو انتهائها فهو يقوم على استقطاع من راتب العامل أو الموظف أثناء عمله وعند نهاية الخدمة تسدد الهيئة أو شركة التأمين مكافأة أو معاشاً للموظف أو العامل أو إلى ورثته عند الوفاة[30].

---

(29) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط دار النهضة، القاهرة، مجلد 7، ص 1390-1402 انظر د. حسين حامد حسان: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين طبعة دار الاعتصام القاهرة ط سنة 1976، ص 28-30 ود. غريب الجمال: التأمين التجاري والبديل الإسلامي، طبعة دار الاعتصام القاهرة، ط سنة 1399 هـ، ص 63-84.

(30) د. غريب الجمال التأمين التجاري والبديل الإسلامي، ص 59.

المبحث الرابع: برنامج التكافل العائلي وصوره في شركة الإخلاص للتكافل المساهمة:

لقد أولت ماليزيا اهتماماً كبيراً بمجال التأمين التعاوني أو التكافل خلال العقدين الأخيرين ونتج عن هذا الاهتمام نمواً كبيراً وتطوراً حقيقياً للسوق التكافلي الماليزي، وتوجد في ماليزيا أربع شركات تكافلية وتعد شركة الإخلاص للتكافل من الشركات الرائدة في مجال صناعة التكافل.

تأسست الشركة في عام 2003م برأسمال قدره مائة مليون رينجت، وتطبق الشركة نظام التأمين التكافلي على الأشياء ونظام التأمين التكافلي العائلي وسنفرد مساحة في هذا البحث لبرنامج التكافل العائلي الذي تطبقه شركة الإخلاص للتكافل بغية الاستفادة منه[31].

ينقسم برنامج التكافل العائلي إلى قسمين:

القسم الأول: برنامج التكافل العائلي الجماعي[32].

القسم الثاني: برنامج التكافل العائلي للأفراد [33].

وهذا تعريف موجز بكل من القسمين وما يندرج تحت كل منهما من صور.

القسم الأول: التكافل العائلي الجماعي:

يقوم هذا البرنامج بتقديم مجموعة برامج تتعلق بمجموعة من الأشخاص لا يقل عددهم عن 20 شخصاً، ويقدم خدمات للشركات والمؤسسات التعليمية والحكومية والخاصة وغيرها من القطاعات التي لا يقل عدد أفرادها عن 20 شخصاً ومن برامج هذا القسم:

1- برنامج التكافل للمجموعة المالية الإسلامية.

يقوم هذا البرنامج بتوفير تغطية لدفع الديون دفعة واحدة لمجموعة المشتركين من مؤسسة مالية واحدة في حالة وفاة أحدهم أو بعضهم أو حدوث عاهة مستديمة خلال فترة الاشتراك.

---

(31) بتصرف من رسالة دكتوراه من إعداد الدكتور محمد ليبا بعنوان التأمين التعاوني وتطبيقاته في بنك الجزيرة بالمملكة العربية السعودية وشركة الإخلاص للتكافل بماليزيا.

(32) هذا الموضوع اخذ من رسالة دكتوراه بعنوان "التأمين التعاوني وتطبيقاته في بنك الجزيرة بالمملكة العربية السعودية وشركة الإخلاص للتكافل بماليزيا، دراسة تحليلية مقارنة من إعداد الدكتور محمد ليبا وإشراف الدكتور قطب مصطفى سانو في كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، قسم الفقه وأصوله في الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا سنة 2006، ص228 من نسخة الأصل المخطوطة.

(33) المرجع السابق.

2- **برنامج التكافل العائلي الجماعي.**

يقوم هذا البرنامج بحماية مجموعة من الناس ينتمون لشركة أو مؤسسة ما، إذا تعرضوا للأسباب الآتية: موت (طبيعي أو حادث) عجز دائم كلي (طبيعي أو حادث) وهذا البرنامج قابل للتجديد سنوياً.

3- **برنامج التكافل لحماية مجموعة حد الائتمان.**

يقوم هذا البرنامج بتقديم مبلغ القرض المتبقي لأي مؤسسة في حالة موت المدين أو إعاقته إعاقة كلية أو مستديمة.

4- **برنامج التكافل الجماعي الشامل.**

يقوم هذا البرنامج بتقليل مستوى المخاطر التي يتعرض لها مجموعة عمال مع تزويدهم بتغطية التقاعد، وهذا البرنامج عبارة عن وحدات يحدد فيها مبلغ التأمين لكل وحدة.

5- **برنامج التكافل لمجموعة نفقات الموت الفورية.**

يقوم هذا البرنامج بتخفيف أو تقليل المخاطر التي تصيب مجموعة من المشاركين بسبب الموت، وغالباً ما تكون فترة التغطية للمشاركين سنة واحدة أو في حالة وفاة المشارك أثناء عمله، فإن مبلغ التغطية ستضاف في حساب المخاطر الاستثمارية الشخصية، ويعطى هذا المبلغ لحامل وثيقة التأمين أو المستفيدين.

القسم الثاني: برنامج التكافل العائلي للأفراد.

يقوم هذا القسم بتقديم مجموعة من البرامج التي تتعلق بالفرد بدون النظر إلى سنه ونوعه ووظيفته وله صورتان.

الصورة الأولى: برنامج التكافل العائلي البسيط للأفراد.

ويقوم هذا البرنامج بتقديم المنتجات البسيطة والأولية التي يحتاجها الفرد كالادخار من أجل المستقبل والتعليم ومن صوره:-

أ- **برنامج التكافل العائلي للتعليم.**

يقوم هذا البرنامج بالادخار طويل المدى من أجل مستقبل الطفل التعليمي ويبدأ عمر الحماية من 30 يوماً إلى 12 سنة وعند بلوغه سن 18 سنة تعطى له شهادة النضج، ويجوز لولي الأمر سحب مبلغ التغطية في حدود ثلاث مرات طوال الخدمة كحد أعلى 50% لكل سحب من حساب الاستثمار الشخصي بدءاً من سن السادسة من عمر الاشتراك.

وفي حالة وفاة الطفل فإن والد الطفل يتسلم مبلغاً تأمينياً إضافة إلى الكمية المتراكمة الكلية من حساب الاستثمار الشخصي، والدخل الاستثماري الصافي والفائض من الصندوق التعاوني، ومن صندوق المخاطرة.

وفي حالة وفاة ولي أمر الطفل، أو حدوث عجز كلي دائم أثناء سريان مدة العقد، فإن جميع مساهمات الطفل المستقبلية تتحملها الشركة حتى بلوغ سن النضج.

ب- برنامج التكافل العائلي للادخار.

يقوم هذا البرنامج على الادخار المالي من خلال المساهمات التي يقدمها المشترك وتشمل التغطية أضرار الموت أو العجز الكلي الدائم والاستثمار الشخصي.

جـ- برنامج التكافل العائلي للقرض العقاري.

يقوم هذا البرنامج بحماية المشترك أو المقترض من مؤسسة مالية وذلك بتسديد المبلغ المقترض في حالة الوفاة أو الإصابة بعاهة كلية مستديمة.

د- برنامج التكافل للمسنين.

يقدم هذا البرنامج حماية للأفراد تتراوح ما بين 50-80 سنة ضد أي عجز مالي قبل موت المشارك، لمساعدتهم على مواصلة حياتهم وتتراوح مدة هذه الشهادة ما بين 5-35 سنة.

أما مبلغ الاشتراك الثابت فينقسم إلى وحدات، تتفاوت بين عمر 50-80 سنة (شاملة جميع الأعمار).

هـ- برنامج التكافل العائلي لمنافع المستشفى.

يقوم هذا البرنامج بحماية المشترك في حالة دخوله المستشفى لمدة تزيد عن 3 أيام حيث تتحمل الشركة جميع التكاليف من اليوم الأول للعلاج، والمدة القصوى للاستفادة من المنفعة (180) يوماً للعلاج الواحد أو 365 يوماً للمجموع الكلي للعلاج بالمستشفى. ويشترط للحصول على هذه المنفعة مضى ثلاثة أشهر على تاريخ التعاقد.

ويشترط في هذا البرنامج أن يكون عمر المشترك من 18-60 سنة وينتهي العقد بعد سن 65 سنة، أما الحد الأدنى للتغطية فهي 5 سنوات والحد الأعلى 47 سنة.

الصورة الثانية: برنامج التكافل المركب أو المطور للأفراد.

ويقوم هذا البرنامج بتقديم مجموعة من البرامج التي تهم حياة المشترك، وهذا القسم يعتمد في أساسه على برنامج التكافل البسيط للأفراد، ويجب على من يريد الاشتراك في هذا

البرنامج أن يشترك في برنامج التكافل البسيط للأفراد أولاً قبل أن يشترك في برنامج التكافل المركب ومن صور هذا البرنامج:

أ- برنامج التكافل لحاملي وثيقة التكافل المطور.

يقوم البرنامج بحماية المشترك وعائلته في حالة الوفاة أثناء فترة سريان مدة التأمين، وذلك بدفع مبالغ الاشتراك بالإضافة إلى تصفية حساب استثمار المخاطر الشخصي دفعة واحدة للمستفيد من البرنامج.

أما في حالة حدوث عجز كلي دائم فإن المشارك يحصل على الأموال التي ذكرناها إضافة إلى حساب المخاطر الشخصي.

ب- برنامج التكافل للأمراض الخطيرة.

يقوم هذا البرنامج بحماية المشترك وعائلته ضد الأمراض الخطيرة، وتتكفل الشركة بجميع مصاريف العلاج وتشمل التغطية 40 مريضاً مرضاً خطيراً.

جـ- برنامج التكافل للموت المفاجئ والعجز.

يقوم هذا البرنامج بتغطية المشترك وعائلته عند حدوث موت مفاجئ أو عجز كلي دائم أو حوادث مهنية، ففي حالة الموت المفاجئ تقوم الشركة بدفع مبلغ التغطية لعائلة المشترك، أما في حالة العجز الكلي أو الحادث المفاجئ فإن مبلغ التغطية سيعطى للمشترك، وهذا البرنامج مفتوح للذين تتراوح أعمارهم بين 30 يوماً إلى 60 سنة.

د- برنامج التكافل لنفقات الموت الفورية:

يقوم هذا البرنامج بدفع معونة مالية فورية للمستفيد حالة وفاة المشارك من خلال حساب استثمار المخاطر الشخصية، وتوفير نفقات الدفن الفورية.

هـ- برنامج التكافل العائلي الفردي المطور للتنازل عن المساهمة بمبلغ التبرع.

يقوم هذا البرنامج بتحمل جميع المساهمات للمشترك الذي أصيب فجأة بمرض خطير، وذلك بعد التأكد من الفحوصات الطبية اللازمة.

و- برنامج التكافل لحماية أسلوب المعيشة.

يقوم هذا البرنامج بحماية المشترك وعائلته ضد الظروف غير المتوقعة التي تؤثر على النفس والمال، وذلك باستثمار تلك الأموال بما يعود على المشترك بالربح الذي سيوزع على المشتركين عند استحقاق الدفع، ويخصص أكبر جزء من المساهمة في الاستثمار، ويزود هذا

البرنامج حماية بسبب الموت والعجز الكلي، وتتراوح مدة استحقاق الدفع للشهادات من 5-42 سنة.

ويشمل هذا البرنامج: أسلوب الحياة الصحية، حيث يستطيع المشارك أن يقوم بإجراء فحص طبي في نهاية كل 5 سنوات من مدة الشهادة، على ألا تزيد الفحوصات عن 3 فحوصات خلال فترة الشهادة المقررة في العقد.

ويشمل هذا البرنامج السحب نقداً حيث يستطيع المشارك أن يقوم بسحب جزء من حساب الاستثمار الشخصي وذلك بعد مرور خمس سنوات، ويسمح للمشارك أن يجري 3 سحوبات، إذا أراد سحب مبلغ آخَر فعليه الانتظار سنتين وتأخذ الشركة أجرة على أي سحب مأخوذة من حساب الاستثمار الشخصي.

ز- برنامج التكافل للتعليم النموذجي.

يقوم هذا البرنامج على ادخار مبلغ معين في كل شهر من أجل تعليم الطفل المستقبلي علاوة على ذلك تزيد هذه التغطية في حالة الوفاة أو العجز، خلال مدة سريان العقد ومدة هذا البرنامج من 6-36 سنة، ويمكن اشتراك الأطفال الذي أعمارهم من 30 يوماً حتى 12 سنة وهناك منافع أخرى كتقديم جوائز مالية للمتفوقين وإمكانية سحب جزء من مبلغ التغطية 3 مرات خلال عمر الشهادة ويختلف هذا البرنامج عن برامج التكافل للتعليم بأن الأول يحتوي على منافع إضافية أفضل من الثاني مقابل زيادة في مبلغ الاشتراك.

جـ- برنامج التكافل للدخل العائلي:

يقوم هذا البرنامج على الادخار الشهري من أجل حماية المشترك في المستقبل ضد الأمراض التي تصيبه، وحماية العائلة عند وفاة المشترك أو إصابته بحصول عجز كلي دائم أو إصابة أحد أفراد العائلة بمرض خطير أو عند التقاعد، وعندها تقوم الشركة بدفع راتب شهري للمتقاعد، ويبدأ البرنامج من عمر 18 سنة حتى 60 سنة.

المبحث الخامس: أوجه الاختلاف بين التأمين التكافلي العائلي والتأمين التعاوني أو التكافلي على الأشياء

بين يدي الموضوع تأصيلاً له يحسن أن نبين أن التأمين التعاوني أو التكافلي على الأشياء يختلف عن التأمين التكافلي العائلي (التأمين على الأشخاص) في أمور أجملها فيما يلي:

1- التعويض في التأمين على الأشياء يكون عن الضرر الفعلي ومن المعلوم أن تعويض الضرر

يكون بإيجاب المثل فإن تعذر المثل فيكون تعويضه بالقيمة، وهذا يمكن تطبيقه على التأمين التعاوني على الأشياء حيث يمكن معرفة الضرر الفعلي الذي وقع على الأشياء محل التأمين ويمكن تعويضه بالمثل أو القيمة في حين أن الضرر الناتج عن فقد النفس أو تلف العضو أو العجز الكلي أو العجز الجزئي يتعذر تعويضه بالمثل أو بالقيمة.

2- إن الضرر في التامين التعاوني أو التكافلي على الأشياء هو ضرر مادي يمكن ملاحظته وتقديره وأما الضرر في التأمين التكافلي العائلي هو ضرر معنوي يتعذر تقديره.

3- إن الضرر في التأمين التعاوني أو التكافلي على الأشياء يخضع للإثبات ويشترط لاستحقاق التعويض فيه إثباته بكافة وسائل الإثبات، وأما الضرر في التأمين التكافلي العائلي (التأمين على الأشخاص) لا يخضع للإثبات، فهو مفترض افتراضاً، ولا يقبل إثبات العكس، فورثة المشترك أو من نص عليهم في وثيقة التأمين يستحقون مبلغ التأمين دون حاجة إلى إثبات أن ضرراً ما قد أصابهم من جراء موت المشترك بالتأمين.

4- إن مبلغ التأمين في التأمين التكافلي العائلي (التأمين على الأشخاص) يدفع لهم معونة وجبراً لمن أصيبوا بموت عائلهم أو لإغاثة من أصيب بعجز كلي أو عجز جزئي وليس على سبيل التعويض عن ضرر كما سبق بيان ذلك، ولهذا يسمي بعض العلماء التأمين التكافلي العائلي (عقد المواساة)[34].

فعقد التأمين التكافلي العائلي (المواساة) لا يقصد منه الكسب أو الاسترباح وإنما يقصد به ترميم آثار مصيبة الموت أو عجز على أساس من التعاون والتكافل، فالحياة بيد واهبها، وعليه فإن مستحق التأمين (المستفيد) ليس له طلب زيادة المبلغ حتى لو أثبت أن الضرر الذي أصابه أكبر من مبلغ التأمين، وهذا يعني أن التأمين في هذا العقد ليس له صفة تعويضية بخلاف التأمين على الأشياء فإن صفته الأساسية هي التعويض وليس الجبر والمواساة.

5- إن الأقساط المحددة في وثيقة التأمين التكافلي العائلي يمكن إسقاطها أو التنازل عنها أو قيام هيئة المشتركين بدفعها نيابة عن المشترك في حالات خاصة ينص عليها في نظام التأمين أو وثيقة التأمين كحالات الموت أو العجز أو المرض وبلوغ سن معينة أو تحمل أعباء غير عادية. أما أقساط التأمين التعاوني أو التكافلي على الأشياء فهي مستحقة وفق العقد.

6- إن مما هو مقرر ومتفق عليه عند العلماء القائلين بالتأمين التكافلي العائلي أن قسط التأمين

(34) د. عباس الباز: الحق التعويضي في التأمين التكافلي على الحياة، بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني المنعقد في عمان عام 2010.

هو تبرع محض وعليه فإنه لا يرجع على المشترك فيه أي عائد من الفائض التأميني، بينما يوزع الفائض التأميني في التأمين التعاوني على الأشياء على المشتركين[35]

المبحث السادس: التعويض في التامين التكافلي العائلي:

إن منشأ الحق التعويضي في التامين التكافلي العائلي أحد أمرين:

الأمر الأول: النص القانوني الذي فرضه ولي الأمر تحقيقاً للمصلحة العامة، عملاً بالقاعدة الشرعية (تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة) ولهذا فإن القانون قد أوجب على كل مركبة أن تؤمن الغير من الأضرار والأخطار المحتملة الوقوع ممن يقود هذه المركبة وهذا ما يعرف بالتأمين الإلزامي ضد الغير، وهو يُثبت التعويض لمن وقع عليه الضرر بغير طلب ولا إذن منه، وهو يشمل حالات الوفاة والعجز الكلي أو الجزئي وهذا النوع من التامين الإلزامي يتم وفق عقد بين مالك السيارة أو المركبة وبين شركة التأمين في التأمين التقليدي، ووفق عقد بين المشترك وهيئة المشتركين في التأمين التعاوني الإسلامي وتدير أعمال التأمين لهم شركة التأمين حيث توقع العقد مع المشترك باعتبارها وكيلاً عنهم في إدارة أعمال التأمين، ومع أن العقد بين من ذكرنا اختيارياً إلا أن مستند الإلزام القانون، وهو صورة من صور التأمين من المسؤولية تجاه الغير.

وعليه فإن مبلغ التأمين يعتبر ديناً أنشأه العقد في ذمة المشترك معلق السداد على وقوع الخطر المؤمن ضده في المدة الزمنية المتفق عليها[36] وكأن القانون أقام هيئة المشتركين مقام أهل الديوان في دفع دية النفس أو الأعضاء إذا ما وقع القتل الخطأ أو شبه العمد من أحد المشتركين في الصندوق أو تسبب أحدهم فيه حيث يتناصرون ويتعاونون على ترميم الأضرار التي حصلت عن الوفاة، أو العجز، وبمعنى آخر فهم يقومون مقام العاقلة في دفع الدية.

ومن المعلوم أن الدية حق لجميع الورثة توزع عليهم حسب أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية.

وهذا ما هو معمول به في شركة التأمين الإسلامية في الأردن، وشركات التأمين التقليدية باعتبار أن المنشأ لهذا الحق هو القانون.

الأمر الثاني: أن منشأ الحق التعويضي هو العقد الاختياري الذي يبرمه المؤمن مع الشركة باعتبارها وكيلاً عن هيئة المشتركين، وهذا ما يعرف بالتامين الاختياري أو غير الإلزامي.

(35) المرجع السابق.

(36) المرجع السابق.

إن فكرة هذا العقد تقوم على أنه عقد جديد مستحدث يقصد منه التعاون والتكافل على ترميم آثار الضرر الذي وقع على أحد الأفراد المشتركين في الصندوق وقد سماه بعض العلماء بعقد المواساة، وخرجه آخرون على عقد النهد أو الالتزام بالتبرع وعليه فإن مبلغ التأمين يجوز دفعه للورثة فيقسم بينهم حسب الميراث إن لم ينص في الوثيقة على شخص معين أو نصت وثيقة التأمين على تقسيمه بين الورثة وفق أحكام الميراث الشرعي، ويجود دفعه لبعض الورثة دون الآخرين بسبب يقضي ذلك، ويجوز تخصيصه لغير الورثة.

ويمكن تأييد هذا الرأي بما يأتي:

أولاً: في التأمين التكافلي العائلي لا ارتباط بين دفع القسط ومبلغ التأمين فالمشترك يدفع قسطاً على سبيل التبرع ويوافق في نفس الوقت على ما وافق عليه غيره من جماعة المشتركين على التكافل. فمبلغ التأمين عند وقوع الخطر في هذا النوع من التأمين يدفع على سبيل المواساة والمساعدة شأنه شأن دافع الزكاة حيث يدفعها على شرط شرعي مفاده أن بيت المال يكفله إذا صار فقيراً، وذلك بتوفير حد الكفاية له ولمن يعولهم إذا توافرت شروط الزكاة طوال حياته فلا يأخذ منها شيئاً مع أنه كان يدفع نصيبه من الزكاة عندما كان غنياً وهذا يجعل العقد مشروعاً وفق قواعد الشرع، ولا يستوجب أن يكون التعويض للورثة.

ثانياً: إن مبلغ التأمين في عقد المواساة (التأمين التكافلي العائلي) لا يعتبر ميراثاً يوزع على الورثة حسب قواعد الميراث في الشريعة الإسلامية لأنه ليس حقاً مالياً مكتسباً ومقرراً له حتى يكون ميراثاً من بعده. ويمكن تخريجه على ما يعرف بالاشتراط لحق الغير، وصورته أن يشترط شخص يسمى (المشترط) على شخص آخر يسمى (المتعهد أو الملتزم)، بأن يقوم بأداء ما اشترطه لمصلحة شخص ثالث يسمى (المنتفع). فيكتسب المنتفع بموجب هذا العقد حقاً بمبادرة شخصية من المشترط مع عدم وجود أي علاقة مديونية بين المشترط والمنتفع وهذا مما تقرره قواعد الشرع إذا كان موضوع العقد ليس فيه مخالفات شرعية. وبناء على هذا العقد (الاشتراط لمصلحة الغير) يصبح المنتفع دائناً للمتعهد أو الملتزم بالحق المتفق عليه، ولا يعد المنتفع بهذه الصفة خلفاً وارثاً للمشترط، ويشترط أن تتوافر في كل من المشترط والملتزم أهلية أداء كاملة ولا يشترط في المنتفع توافر أهلية الأداء.

وعقد التأمين الاختياري في التكافل ينطبق على الاشتراط لمصلحة الغير حيث يشترط المؤمن له على هيئة المشتركين أو من ينوب عنهم (الشركة) أن تدفع مبلغ التعويض أما لورثته أو لشخص آخر هو المنتفع، وعليه يجوز أن يجعل المؤمن له مبلغ التأمين لأحد الورثة أو أن يجعله لغير وارث مع ملاحظة حكم دياني هو أن لا يكون قصده حرمان الورثة من حقوقهم

الشرعية، بأن يكون من اشترط الشرط لمصلحته دون الآخرين قد قام به سبب اقتضى هذا التخصيص[37].

ثالثاً: وعلى فرض أن المبلغ التأميني في التامين التكافلي العائلي مملوك للمؤمن له (المشترك) فهل يجوز للشخص أن يعطي بعض أولاده من ماله دون الآخرين أو أن يخص أحدهم دون الآخرين أو أن يعطي من ماله لغير وارث؟

يقول الدكتور علي القره داغي: يجوز في التأمين التعاوني أو التكافلي أن يكون لصالح الورثة جميعاً أو لصالح أحد الورثة إذا كان هناك مبرر شرعي كوجود عاهة مستديمة أو كأن يمر بظروف صعبة خلافاً لإخوته أو غيرهما من الأسباب الأخرى التي تجعله يتفرد بهذا الحق دون غيره ويضيف أنه لا مانع شرعاً من التأمين لصالح شخص آخر غير وارث من باب التبرع [38].

ويستشهد لقوله بما نقله عنه ابن قدامة في المغنى (فإن خص بعضهم أي بعض أولاده لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانه أو عمى أو كثرة عائلة أو انشغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه، على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك والأكثرية في ذلك على الجواز مع الكراهة[39].

والمنقول هنا إنما هو في العطية والمنحة حال الحياة وليس بعد الموت، وحديثنا عن مال استحق بعد الموت.

ولذا فإن أستاذنا الدكتور حسن الشاذلي يرى أن الجهة المستفيدة في التامين على الحياة من مساعدات يقدمها الشركاء في (هيئة المشتركين في صندوق التأمين التكافلي العائلي) هم الورثة ويعتبر هذا حقاً لهم أوجده اشتراك المؤمن له مع هيئة المشتركين في هذا النوع من الشركة، على أن سبب الاستحقاق هذا قد انعقد في حياته باشتراكه معهم في هذا النوع من الاتفاق، فإذا مات استحق ورثته هذه المعونة، واستدل لذلك بما نص عليه الحنفية، إذا نصب شبكة للصيد ثم مات فتعقل الصيد فيها، فإنه يملكه ويورث عنه[40].

والاستحقاق في عقد التأمين مترتب على العقد الذي عقده في حياته ومن بنوده قيام

---

(37) د. عباس الباز: الحق التعويضي في التأمين التكافلي على الحياة بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني المنعقد في عمان عام 2010.

(38) د. علي القره داغي: فقه المعاملات المالية المعاصرة ص341.

(39) المرجع السابق.

(40) الأشباه والنظائر ص255.

المشتركين بتقديم بعض الأموال بالضوابط التي ذكرناها إلى ورثته، وقد أُمرنا بالوفاء بالعقود قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[41].

الرأي الذي أميل لترجيحه:

إنّ ما ذكره أستاذنا الشاذلي لا غبار عليه ما دام أنه قد نص في العقد أن يدفع إلى الورثة أما إذا نص في العقد أن يدفع مبلغ التأمين إلى أحد الورثة لخصوصية فيه أو أن يدفع إلى غير الورثة فإن أستاذنا لم يتعرض لهذه المسألة وإن كان يفهم من كلامه واستدلاله أنه حق لجميع الورثة يقسم بينهم حسب قواعد الميراث باعتباره مالاً مملوكاً للمؤمن له يرثه ورثته بعد وفاته، وتطبق عليه أحكام الوصية إذا اشترطه لغير الورثة أو لأحد الورثة دون الآخرين.

ويَرِدُ على هذا القول أن وجه الشبه بين هذا النوع من التأمين وبين دافع الزكاة لا يسعفه في الوصول إلى هذه النتيجة، كما أن قوله بأنه عقد مواساة لا ينسجم مع القول بأنه حق مالي يورث ويوزع على الورثة وفق قواعد الميراث، وأرى أن ما يدفع من المشتركين إنما هو على سبيل المواساة والإغاثة أو الاشتراط لمصلحة الغير فيجوز أن يدفع لبعض الورثة دون الآخرين أو لغير وارث لسبب يقتضي هذا التخصيص.

وقد نصت المعايير الشرعية على أن المستحقات في التأمين التكافلي العائلي (التأمين على الأشخاص أو ما يسمى بالتأمين على الحياة) توزع طبقا لما يحدد في الوثائق من أشخاص وليس على الورثة فقد جاء في المعيار رقم 26 الفقرة2/2/6 ما نصه : (في حالة الوفاة توزع المستحقات المتعلقة بالتكافل طبقاً لما يحدد في الوثائق من أشخاص أو جهات أو أغراض بعد موت المشترك، حسبما هو منظم في اللوائح المعتمدة من هيئة الرقابة الشرعية أما إن وجدت أرصدة استثمار فتوزع على الورثة طبقاً لأحكام الميراث الشرعية)[42].

ويلاحظ أن المعيار فرق بين أرصدة الاستثمار التي تعتبر نماء لمال مملوك للمشترك (المؤمن له) في حال حياته حيث يوزع على الورثة طبقاً لأحكام الميراث الشرعية وبين مبلغ التأمين الذي يستحق بعد الوفاة حيث يعطى لمن حدده المشترك في وثائق التأمين التكافلي.

وغني عن البيان أن مبلغ التأمين في التامين التعاوني على الأشياء يكون بمقدار الضرر الفعلي ويستحقه المؤمن له في حال حياته، ويستحقه الورثة بعد وفاة المشترك باعتباره تعويضاً عن مال مملوك للمشترك ويوزع على الورثة طبقاً لقواعد الميراث.

ويلاحظ أن المعيار لم ينص على موضوع التأمين ضد الغير (التأمين الإلزامي) وكان يحسن به أن يوضح الأمر لأن جهة الاستحقاق للتأمين الإلزامي هم الورثة وجهة الاستحقاق للتأمين التكافلي الاختياري هم من يحددهم المؤمن له في وثيقة عقد التأمين.

(41) سورة المائدة 1

(42) المعايير الشرعية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم 26 الفقرة رقم 2/2/6.

مراجع الفصل الحادي عشر

1- الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، مئة سؤال وجواب حول البنوك الإسلامية.

2- الباز، د. عباس الباز، الحق التعويضي في التأمين التكافلي على الحياة، بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني، عمّان، 2010م.

3- البخاري: محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1990م.

4- البعلي: د. عبد الحميد البعلي، أسس رئيسه للتأمين التعاوني، بحث مقدم في منتدى التكافل السعودي الدولي الأول جده/2004م

5- بلتاجي: د. محمد بلتاجي، عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي.

6- الجمال: د. غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، ط دار الاعتصام، القاهرة، 1399هـ.

7- حسان: د. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، ط دار الاعتصام، القاهرة، 1976م.

8- الخليفي: د. رياض منصور الخليفي، بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني أبعاده وأفاقه وموقف الشريعة منه المنعقد في الجامعة الأردنية- عمان بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، 2010م.

9- داغي: د. علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط1، دار البشائر الإسلامية، 2001م.

10- داغي: د. علي القره داغي، مفهوم التأمين التعاوني، ماهيته وضوابطه ومعرفته، دراسة فقهية اقتصادية بحث مقدم إلى مؤتمر التامين التعاوني، عمان، 2010م.

11- السنهوري: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط دار النهضة، القاهرة،1952م.

12- الشاذلي: د. حسن الشاذلي، التأمين التعاوني الإسلامي حقيقية وأنواعه، مؤتمر التأمين التعاوني، عمان، 2010.

13- العتيبي، بدر الدين: أبو محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001م.

14- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط دار الشعب، مصر.

15- ليبا: د. محمد ليبا، التأمين التعاوني وتطبيقاته في بنك الجزيرة بالمملكة العربية السعودية وشركة الإخلاص للتكافل بماليزيا رسالة دكتوراه، غير مطبوعة، 2006م.

16- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، بيانات وفتاوى مهمة، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام، 1421هـ.

17- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، ج2.

18- مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت.

19- المطيعي، محمد بخيت المطيعي، تكملة المجموع للنووي، ط1، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

20- المعايير الشرعية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، البحرين، 2010م.

21- المناوي: محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، دار الفكر، بيروت.

22- ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت.

23- ابن نجيم: زين الدين ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط مؤسسة الحلبي، القاهرة، 1387هـ.

الفصل الثاني عشر

إعادة التأمين

- المبحث الأول: مفهوم التأمين وإعادة التأمين، ونبذة تاريخية عن إعادة التأمين وحاجة شركات التأمين لإعادة التأمين وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التأمين وإعادة التأمين.

المطلب الثاني: نبذة تاريخية عن إعادة التأمين.

المطلب الثالث: مدى حاجة شركات التأمين لإعادة التأمين.

- المبحث الثاني: طرق إعادة التأمين

المطلب الأول: الطريقة الأولى، إعادة التأمين الاختيارية.

المطلب الثاني: الطريقة الثانية اتفاقيات إعادة التأمين.

المطلب الثالث: حالات إعادة التأمين.

- المبحث الثالث: حكم إعادة التأمين لدى شركات تأمين تقليدية وإعادة الشركات التجارية لدى شركات تأمين اسلامية وفيه مطلبان.

المطلب الأول: حكم اعادة شركات التأمين التكافلية الإسلامية لدى شركات تقليدية.

المطلب الثاني: حكم اعادة شركات تأمين تقليدية لدى شركات تأمين تكافلية إسلامية.

المبحث الأول: مفهوم التأمين وإعادة التأمين، ونبذة تاريخية عن إعادة التأمين وحاجة شركات التأمين لإعادة التأمين

المطلب الأول: مفهوم التأمين وإعادة التأمين:

أولاً: مفهوم التامين

عرفه الزرقا بأنه نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاول عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية[1]

أما السنهوري فيقول: أنه تعاون منظم تنظيما دقيقا بين عدد كبير من الناس معرضين جميعا لخطر واحد حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم تعاون الجميع في مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل به الخطر[2].

ولا تختلف القوانين المعمول بها في كثير من البلاد العربية في بيان مفهوم التأمين فهو في القانون المصري عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له – المستأمن – أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقيق خطر مبين في العقد، وذلك في مقابل قسط أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمن له إلى المؤمن[3].

ثانياً: مفهوم إعادة التأمين:

أما إعادة التأمين فهو عقد بمقتضاه تلتزم إحدى شركات التأمين بالمساهمة في تحمل أعباء المخاطر المؤمن منها لدى شركة أخرى[4].

وإعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامية يعني قيام شركة التأمين الإسلامية بالتأمين على الأخطار التي يتعاون المستأمنون على ترميمها فيما بينهم لدى شركات إعادة التأمين العالمية مقابل أقساط تدفعها للشركة العالمية وتتحمل الأخيرة التعويضات التي يستحقها المستأمنون في حال وقوع الأخطار[5].

---

(1) الزرقا، مصطفى احمد، نظام التامين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1984، ص19.

(23) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1952، مجلد 7، قسم 2، ص1080.

(3) المرجع السابق، 1084/7، القسم الثاني.

(4) الزحيلي، وهبه: المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر المعاصر- دمشق، ط1، 2002، ص287.

(5) د. شبير، محمد عثمان: المعاملات المالية المعاصرة، دار النفائس، ط1، الأردن، ص157.

ويرى د. أحمد ملحم أن شركة التأمين قد تعيد تأمين جزء من الأخطار التي تعهدت بتأمينها لدى شركة إعادة التأمين حيث يعرف إعادة التأمين بقوله: "عقد تقوم بموجبه شركة التأمين بنقل جزء من الأخطار التي تعهدت بتأمينها إلى شركة إعادة التأمين وتلتزم بمقتضاه بدفع حصة من أقساط التأمين المستحقة لها من المستأمنين لشركة الإعادة مقابل التزامها بتحمل حصة من المطالبات وفق الاتفاقية الموقعة بينها"(6).

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن شركات التأمين الإسلامية تقوم بإعادة التأمين لدى شركة الإعادة نيابة عن المستأمنين لديها حيث تدير العملية التأمينية لترميم الأخطار المتوقعة عند حدوثها وفق أصول فنية.

وقد تقوم شركات التأمين التي أعيد التأمين لديها بإعادة التأمين لدى شركة التأمين ويكون موقفها من الشركة الثالثة مثل موقف المؤمن الأصلي (الشركة الأولى) من الشركة الثانية. وتسمى هذه الحالة بالتأمين على إعادة التأمين، وفي جميع الأحوال فإن شركة التأمين هي المسؤول الرئيس أمام المؤمن له الأصلي عن الأخطار التي وافقت على تغطيتها وليست شركة إعادة التأمين ولا يؤثر الاتفاق بين شركة التأمين وشركة إعادة التأمين بأي شكل من الأشكال على عقد التأمين الأصلي المبرم مع المؤمن.

المطلب الثاني: نبذة تاريخية عن إعادة التأمين:

إن أول اتفاقية لإعادة التأمين كانت في القرن الرابع عشر الميلادي، في التأمين البحري ثم اتسع نطاق تطبيق مفهوم إعادة التأمين على تأمينات الحريق والسرقة والحوادث العامة في القرن الثامن عشر كنتيجة لتطور واتساع أعمال الصناعة والتجارة حيث أصبحت الحاجة ملحة إلى إيجاد تأمينات جديدة تتناسب مع التطور والتقدم الذي حدث نتيجة للثورة الصناعية وما تبعها من ازدهار في التجارة، لهذا ظهرت شركات إعادة تأمين متخصصة مثل شركة كولون ري العالمية والتي باشرت أعمالها عام 1852 وشركة سويس ري التي باشرت أعمالها عام 1863، وشركة اللويدز العالمية وانتشرت بعدها شركات إعادة التأمين فبلغت في بداية القرن التاسع عشر ثلاثين شركة واستمر تزايدها حتى بلغت في منتصف القرن التاسع عشر أكثر من ثلاثمائة شركة ومع بداية القرن العشرين ارتفع عددها إلى أكثر من ألفين وخمسمائة شركة إعادة تامين، وأما اليوم فيصل عددها إلى أكثر من عشرة آلاف شركة إعادة تأمين موزعة على بلدان العالم، تستحوذ الولايات المتحدة على 42% منها وأوروبا على 39% وأمريكا اللاتينية على 6% واستراليا على 4% وآسيا على 6% وإفريقيا 3%.

(6) د. أحمد ملحم والأستاذ أحمد الصباغ: التأمين الإسلامي، دار الإعلام للنشر والتوزيع، ط2، ص91.

هذا وتسعى شركات إعادة التأمين العالمية إلى الاندماج قصد تشكيل كيانات ضخمة بهدف إعادة تنظيم هذه الشركات بما يسهم في تضخيم قدراتها وملاءتها المالية وبالتالي الوقوف بقوة مع الشركات الضخمة الأخرى لاستيعاب أعمال التأمين التي تتزايد مع توسع النشاطات التجارية والاقتصادية(7).

ولما كانت شركات إعادة التأمين تقوم على نفس المبادئ والأسس التي تقوم عليها شركات التأمين التجاري فقد دعت الحاجة في العالم الإسلامي لإقامة شركات إعادة التأمين على أساس مبدأ تعاوني تخفيفا لوطأة الخسارة التي تصيب شركات التأمين التعاونية ومن أجل مواكبة عجلة التقدم الاقتصادي، ولذا رأى بعض الكتاب (8) أن تنشأ شركات إعادة تأمين تعاوني بحيث تقوم كل شركة إسلامية تعمل في مجال التأمين التعاوني بالتبرع بمبلغ يتناسب مع الأخطار المراد التأمين عليها أو الأخطار المحددة التي تريد تغطيتها فتجمع تلك الأموال وتغطي فيها الخسائر التي دفعتها شركة التأمين التعاونية عن الأخطار المتفق عليها.

أو أن تقوم إحدى شركات إعادة التأمين التعاوني بالاتفاق مع شركات التأمين التعاوني بدفع مبلغ ما عند حصول الخطر المحدد أو المراد التأمين عليه ثم يجري التقاص بين الشركات (9). ولكن هذين النوعين يدخلان تحت مفهوم جمعيات التأمين التبادلي الذي يتم بين الأفراد، وهذان النوعان لا يمكنهما معالجة الأخطار الجسيمة التي قد تترتب على شركات التأمين ولذا كان لا بد من العمل على إنشاء شركات إعادة التأمين تكون لهذه الشركات قوة شركات إعادة التأمين التجاري، وهذا يتطلب وجود رأسمال كبير لقيام شركات إعادة تأمين إسلامية، كما أن نجاح إقامة شركة إعادة تأمين إسلامية يتوقف على نجاح شركات التأمين الإسلامية وتطورها وديمومتها، و عن أهمية وضرورة وجود شركات إعادة تأمين إسلامية يقول الأستاذ وهبه الزحيلي: إن عقدة المشكلة أمام التأمين التعاوني تكمن في إعادة التأمين، حيث لم ينشط هذا النوع على مستوى دولي، ولم توجد شركات كبرى تنافس شركات إعادة التأمين العالمية، فكان اللجوء إليها أمرا قسريا أو اضطراريا تمليه ظروف الحاجة المتعينة في الوقت الراهن إلى أن يظهر البديل الأكبر بجانب البديل الأصغر(10).

(7) مقطش، متقال عيسى، لمحة مختصرة عن إعادة التأمين

(8) الأشقر، محمد: بحوث فقهية في قضايا معاصرة، ص30.

(9) المرجع السابق.

(9) الزحيلي، وهبه: الضوابط الشرعية لصور عقود التأمين على الحياة وإعادة التأمين، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي عام 1995، طبعة بيت التمويل الكويتي سنة 1997، ص139.

وقد تحقق الحلم في إقامة عدد من شركات إعادة التأمين تنسجم مع مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية وعلى أسس متينة، ومن هذه الشركات:

الشركة الآسيوية العالمية لإعادة التكافل في ماليزيا والشركة الإسلامية للتأمين وإعادة التأمين في المملكة العربية السعودية والشركة الإسلامية للتكافل وإعادة التكافل في المملكة العربية السعودية والشركة الوطنية لإعادة التكافل في السودان والشركة السعودية التونسية لإعادة التأمين في تونس والشركة الإسلامية للتكافل وإعادة التكافل في الباهاما وأخيرا شركة أريج في دبي، والشركة الإسلامية للتأمين وإعادة التأمين في البحرين(11).

المطلب الثالث: مدى حاجة شركات التأمين إلى إعادة التأمين:

لقد أصبح التأمين في العصر الحاضر أمرا ضروريا لا يمكن الاستغناء عنه وأصبحت الحاجة ماسة إليه، لأنه من أهم الوسائل التي يمكن بها تعويض الخسائر الناتجة عن الكوارث والنكبات، وأدرك التجار وأصحاب المصانع وغيرهم أن الاقتصاد الصحيح يحتم عليهم ممارسة التأمين على نطاق واسع، لما يعطيهم من الثقة والأمان والاطمئنان.

وإعادة التأمين له دور مهم وحيوي في صناعة التأمين حتى قيل أن التأمين وإعادة التأمين كأحد شقي المقص لا يتحقق الغرض منه بدون الشق الآخر، ولما كانت الوظيفة الجوهرية للتأمين هي تقديم الحماية للمؤمن له (المضمون) ضد تحقق أو حصول خسائر كبيرة، فإن إعادة التأمين تقوم بتقديم حماية مماثلة للمؤمن (شركة التأمين) حيث توافق الشركة المسندة أن تسند ويوافق معيد التأمين أن يقبل جزءا محددا من خطر بذاته،أو أخطار متعددة ضمن نطاق الشروط المنصوص عليها في اتفاق خاص بينها(12).

وتعود أهمية التأمين إلى أن ثمة أخطار جسيمة توجب تعويضات مالية كبيرة عند تأمينها لدى شركة التأمين مع أن الإمكانات المالية لشركة التأمين لا تقوى على تغطية تلك المبالغ الكبيرة التي تجب على الشركة عند وقوع الخطر، فكان لا بد من إعادة التأمين لإيجاد غطاء مالي يمكن الشركة من دفع التعويضات المطلوبة، كما أن من الأمور الداعية إلى إعادة التأمين زيادة الطاقة الاستيعابية لشركات التأمين في مجال قبول الأخطار خدمة للمؤمنين لديها، فمن غير إعادة التأمين تنحصر إمكانيات شركات التأمين في قبول التأمينات ذات الأقساط المتدنية،

(11) د. محمد ليبا: التأمين التعاوني وتطبيقاته في بنك الجزيرة بالمملكة العربية السعودية وشركة الإخلاص للتكافل بماليزيا، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 2006، ص143.

(12) عبود: عبد اللطيف، مدخل إلى إعادة التأمين، ص14، ومحمد ليبا، التأمين التعاوني وتطبيقاته، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، ص43.

ويترتب على ذلك محدودية أنواع التأمين التي تستطيع الشركة تغطيتها، لكل هذا فإن بعض الجهات المسؤولة تشترط لمنح تراخيص مزاولة المهنة أن تثبت أنها قامت بترتيبات خاصة لإعادة التأمين لدى شركات عالمية حفاظا على أموال أفراد الرعية، للتحقق من قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماتها تجاههم[13].

المبحث الثاني: طرق إعادة التأمين:

تتم إعادة التأمين بإحدى الطريقتين الرئيسيتين التاليتين

المطلب الأول: الطريقة الأولى: إعادة التأمين الاختيارية.

حيث تعرض شركة التأمين على شركة إعادة التأمين كل خطر يراد إعادة تأمينه وتقدم عرضا ملخصا لجميع المعلومات الأساسية المتعلقة بالخطر المراد تأمينه وتدرس شركة الإعادة الطلب للحكم عليه من حيث كفاية سعر التأمين وملاءمة الشروط ولمعيد التأمين حرية قبول التأمين عليه أو رفضه، وغالبا ما تقوم شركة التأمين بإعادة التأمين على أساس اختياري لجزء من خطر معين لديها يزيد عن القدرة الاستيعابية لاتفاقياتها أو حيث لا يتوفر لديها تغطية تلقائية لنوع معين من الأخطار الخاصة لديها ويتم الاتفاق مع شركة الإعادة على شروط هذه الاسنادات باتفاق خاص لكل عملية بمفردها، ولا بد من أن تحصل الشركة على موافقة معيد التأمين على الحصة الاختيارية قبل التأمين عليها[14].

ويؤخذ على هذه الطريقة، ارتفاع الكلفة الإدارية على كل من الشركة المسندة وشركة الإعادة لكبر حجم العمليات الإدارية المرتبطة بعرض الموضوع على المعيد، بالإضافة إلى أن شركة التأمين تحتاج لوقت طويل للرد على طالب التأمين إذا كان الخطر يتجاوز قدرتها الاستيعابية للإجراءات الإدارية المشار إليها كما أن شركة التأمين قد تحتاج إلى الذهاب إلى معيد آخر للتأمين عند عدم التوافق على تأمين كل الخطر، وقد تذهب إلى معيد آخر للتأمين عند موافقة المعيد على جزء من الخطر للبحث عن معيد يقبل بتغطية الجزء الذي لم تتم تغطيته[15].

ومع ذلك فإن شركات التأمين تذهب إلى إتباع هذه الطريقة بالرغم من المحاذير السابقة لأن إعادة التأمين حسب الطريقة الثانية (اتفاقية إعادة التأمين) لا تغطي في كثير من الأحيان أخطار مميزة لا تقع ضمن نطاق شروط وتسهيلات الإعادة الاتفاقية، ولأنه يمكن لكل من شركة التأمين وشركة الإعادة أن تتجنب تحمل أخطار جسيمة وغير عادية من حيث ارتفاع

---

(13) د. أحمد ملحم و أ. أحمد الصباغ، التأمين الإسلامي، ص96-97.

(14) مقطش: مثقال عيسى، لمحة مختصرة عن إعادة التأمين، وعبود: عبد اللطيف، مدخل إلى إعادة التأمين، ط1، 1985، دمشق، 19.

(15) عبود: عبد اللطيف، مدخل إلى إعادة التأمين، ط1، 1985، دمشق، 20.

مسؤوليتها وخطورتها بناء على الدراسات المقدمة، كما أنها تعين شركات التأمين في تغطية الأخطار التي تتجاوز مبالغ التأمين الخارجة عن حدود الاتفاقيات والتسهيلات التلقائية المتوفرة لديها بموجب اتفاقيات الإعادة حسب الطريقة الثانية.

وقد تلجأ الشركات إلى الطريقة الاختيارية لأنه يمكن من خلالها تحقيق إعادة تأمين تبادلي بين شركتين بمعنى أن تكون الشركة "أ" مسندة للشركة "ب" جزءا من أعمالها أو حصة من اتفاقياتها بفرع تأمين معين، وبنفس الوقت تكون الشركة "ب" مسندة للشركة "أ" جزءا من أعمالها المماثلة. بالإضافة إلى ما تحققه هذه الطريقة من تبادل خبرات تأمينية لأن كل عملية منها تكون مدروسة دراسة فنية دقيقة[16].

المطلب الثاني: الطريقة الثانية: اتفاقيات إعادة التأمين

وبموجبها يعقد اتفاق بين شركة التأمين وشركة الإعادة على قبول إعادة تأمين جميع الأعمال التي تقع ضمن الحدود المتفق عليها بين الطرفين، وهذه الحدود تشمل تحديدا ماليا وتحديدا جغرافيا وتحديدا نوعيا: عاما أو جزئيا.

وبموجب هذه الاتفاقية تلتزم شركة الإعادة بقبول جميع الأخطار التي تنطبق عليها الشروط وفق الاتفاقية المعقودة بينهما، وشركة التأمين ملزمة بأن تسند جميع الأخطار طبقا لشروط الاتفاقية، وهذه الطريقة توفر لشركة التأمين تغطية كاملة لأي خطر من الأخطار المنصوص عليها في الاتفاقية، ولا يحق لشركة الإعادة أن ترفض إعادة تأمين أي خطر يقع في نطاق اتفاقية الإعادة، ولذا فإن على شركات الإعادة أن تتأكد قبل توقيع الاتفاقية من تميز الشركة المسندة واحترافها في إدارة العمليات التأمينية و من سمعتها في هذا المجال[17].

إن المآخذ الرئيسة على طريق إعادة التأمين الاختيارية سواء من حيث زيادة التكلفة أو طول الوقت تنتفي في أسلوب إعادة التأمين بطريقة الاتفاقية حيث أن هذه الأخيرة أقل كلفة وأسرع تلبية، ولإنخفاض التكلفة التي تكون لمصلحة الشركتين المسندة والمعيدة للتأمين، كما أن معيد التأمين يعرف مسبقا أنه سوف يحقق حدا من الأقساط في كل فرع من الفروع وفي كل صنف من الأعمال ولو بشكل تقديري.

وتصنف اتفاقيات إعادة التأمين إلى صنفين: الأول اتفاقيات نسبية تتضمن اتفاقيات الحصة النسبية واتفاقيات الفائض وما يسمى باتفاقيات إلزامي اختياري. والصنف الثاني:

(16) المرجع السابق.

(17) د. ملحم: والأستاذ احمد الصباغ: التأمين الإسلامي، ص93، و د. احمد الصباغ: بحث المبادئ والضوابط الشرعية للتأمين وإعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامية، غير منشور، ص7.

الاتفاقيات غير النسبية وتتضمن اتفاقيات زيادة الخسارة (فائض الخسائر) واتفاقيات وقف الخسارة واتفاقيات تجميعية لزيادة الخسارة، و لما كان بيان هذه الأصناف و توضيحها يقع ضمن اهتمامات خبراء التأمين و لا يقع ضمن أهداف البحث فإننا نحيل من يريد الإستزادة إلى المراجع المختصة[18].

المطلب الثالث: حالات إعادة التأمين:

نشير هنا إلى أكثر حالات إعادة التأمين المتبعة لدى شركات الإعادة ومنها:

الحالة الأولى: الإعادة بطريقة المحاصة: حيث تلتزم شركة التأمين بإعادة تأمين نسبة مئوية محددة من الأخطار التي تؤمنها فيكون لشركة الإعادة من الأقساط بنسبة ما يحال عليها من شركة التأمين كالنصف أو الربع مثلا.

الحالة الثانية: إعادة تأمين ما يجاوز القدرة، حيث تقوم الشركة بإعادة تأمين الأخطار التي تفوق قدراتها التأمينية بنسبة مئوية يراعي فيها الطاقة التأمينية للشركة ومقدار التعويض حال حدوث الخطر.

الحالة الثالثة: إعادة تأمين ما يجاوز حدا معينا من الخسارة، حيث يتم الاتفاق في هذه الحالة بين شركة التأمين وشركة الإعادة على أن تتحمل شركة الإعادة عن شركة التأمين ما يجاوز حدا معينا من الخسائر بحيث تتحمل شركة الإعادة قسطا من تلك الخسائر. وتلجأ إليه شركات التأمين في حال التأمينات ذات المبالغ الكبيرة ومثاله: أن تتحمل شركة التأمين التعويضات في حدود أول خمسين ألف ثم تتحمل شركة الإعادة ما زاد على ذلك من المبالغ المستحقة كتعويض عن الأخطار الناجمة[19].

المبحث الثالث: حكم إعادة التأمين من شركات تكافلية إسلامية لدى شركات تأمين تقليدية وإعادة التأمين من شركات تقليدية لدى شركات تأمين تكافلية إسلامية:

المطلب الأول: إعادة التأمين من شركات تكافلية إسلامية لدى شركات تأمين تقليدية:

لقد انتقل الفكر النظري للتأمين إلى الحيز التطبيق العملي منذ عام1979، حيث تم إنشاء أول شركة للتأمين التعاوني تعمل وفق أسس الشريعة الإسلامية في الخرطوم من قبل بنك فيصل الإسلامي بالسودان وشركة إياك في دبي من قبل بنك دبي الإسلامي ثم توالى إنشاء شركات التأمين الإسلامية مدعومة من المصارف الإسلامية، وانحسر الخلاف تدريجيا حول

(18) عبود: عبد اللطيف، مدخل إلى إعادة التأمين، ط1، 1985، دمشق، 28-29.

(19) د. احمد ملحم: إعادة التأمين، ص119-120.

حكم التأمين التجاري، وقد وصل عدد شركات التأمين الإسلامية في العالم حوالي ستة وتسعين شركة إسلامية تقريبا. وقد استدعى هذا العدد وجود شركات إعادة تأمين إسلامية إلا أنها لم تكن ذات ملاءة وقدرة على تقيل إعادة تأمين الأخطار الكبيرة. الأمر الذي دعا العلماء للبحث في حكم إعادة التأمين لدى الشركات التجارية، ولم تكن المسألة محل اتفاق بين العلماء فمنهم من منع إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجارية مطلقا ومنهم من أجاز بشروط وهذا ايجاز لآراء العلماء في المسألة[20].

أولاً: المانعون لإعادة التأمين لدى الشركات التجارية وأدلتهم:

ذهب الأستاذ عيسى عبده والدكتور شوكت عليان والدكتور سليمان إبراهيم والدكتور حمد حماد عبد العزيز والدكتور أحمد الحجي الكردي إلى عدم جواز التأمين وعدم جواز إعادة التأمين لدى الشركات التجارية من باب أولى وذلك[21]:

1- لأن إعادة التأمين الإسلامي لدى شركات الإعادة التجارية تعتبر نوعا من أنواع التأمين التجاري المحرم فيكون لها من الحكم ما له وهو التحريم، لأنها تعمل على أساس عقود المعاوضات المالية وتتضمن هذه العقود الغرر الفاحش والربا، كما أن هذه العقود احتمالية فتعتبر من المقامرة المحرمة.[22]

2- إن الإذن لشركات التأمين الإسلامية بإعادة التأمين لدى شركات الإعادة التجارية كإجراء مؤقت يجعلها تركن إلى تلك الشركات ولا تعمل على إنشاء شركات إعادة التأمين إسلامية قادرة على ترميم المخاطر الكبيرة.

أضف لذلك وجود شركات إعادة تأمين إسلامية وإن كانت ليست على مستوى الشركات العالمية إلا أنها مع الزمن والخبرة التراكمية تصبح قادرة على تحمل المخاطر الكبيرة[23].

ثانياً: المجيزون لإعادة التأمين لدى شركات التأمين التجارية وأدلتهم:

ذهب كثير من العلماء إلى جواز التأمين وإعادة التأمين لدى شركات التأمين التجارية وفق ضوابط محددة ومنهم د. حسين حامد حسان والشيخ الصديق الضرير والدكتور محمد سليمان الأشقر والدكتور عبد الحميد البعلي والدكتور محمد عبد اللطيف والدكتور وهبه الزحيلي والدكتور محمد الزحيلي وغيرهم[24] مستدلين بما يلي:

(20) محمد ليبا: التأمين التعاوني وتطبيقاته، رسالة دكتوراه، ماليزيا، ص152.
(21) المرجع السابق، ص166.
(22) المرجع السابق، ص167.
(23) شبير: محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ص157-159، وثنيان: التأمين واحكامه، ص282.
(24) محمد ليبا: التأمين التعاوني وتطبيقاته، رسالة دكتوراه، ماليزيا، ص156.

1- قيام الحاجة إلى إعادة التأمين حيث يؤكد خبراء التأمين الذين يعملون في شركات التأمين الإسلامية أنه لا مناص من اللجوء إلى شركات إعادة التأمين لأغراض الحماية التأمينية ولأنه لا قيام لشركات التأمين الإسلامية ولا ازدهار لصناعة التأمين إلا بترتيبات إعادة التأمين، وعليه فإنه يجوز إعادة التأمين لدى الشركات التجارية نظرا للحاجة القائمة، والحاجة إذا عمت نزلت منزلة الضرورة، على أنه لا يجوز لشركات التأمين الإسلامية التوسع في الإعادة، لأن الضرورة تقدر بقدرها إلى أن يتوفر البديل الإسلامي الكفؤ لإعادة التأمين[25].

2- إن بعض الدول لا تمنح الترخيص بمزاولة مهنة التأمين إلا إذا أثبتت شركات التأمين الإسلامية أن لديها شركات عالمية قوية و مقبولة لدى تلك الدول توافق على إعادة التأمين لديها حفاظا على مصلحة مواطنيها[26].

و أرى أن الرأي الثاني أرجح فهو ينزل الأحكام على الواقع و يتعامل معه وفق قواعد الضرورة أو الحاجة الماسة حتى تتمكن هذه الشركات من إقامة شركات لإعادة التأمين تقوم على أسس و مبادئ تتفق مع الشريعة الإسلامية.

و قد أجازت هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية في الأردن إعادة التأمين لدى الشركات التجارية وفق ضوابط محددة سيأتي ذكرها و هي تتفق مع الضوابط التي ذهبت إليها عدد من هيئات الرقابة الشرعية.[27]وأذكر هنا بعض الآراء والفتاوى التي صدرت من هيئات شرعية وأفتت بجواز إعادة التأمين.

ثالثاً: الآراء والفتاوى الصادرة بشأن اعادة التأمين لدى الشركات التجارية:

أ- جاء في فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الاسلامي[28] في الاجابة عن استفسار بشأن اعادة التأمين لدى الشركات التجارية:

"ينطبق على اعادة التأمين لدى الشركات التجارية حكم التأمين لدى الشركات التجارية ولا فرق بينهما لأن العقد في اعادة التأمين عقد تجاري يكون المؤمن له فيه شركات التأمين بدلاً من الأفراد والمبررات التي دعت الى القول بتحريم التأمين التجاري هي نفس المبررات التي تدعو لتحريم اعادة التأمين لدى الشركات التجارية الا اذا دعت الحاجة لاعادة التأمين لديها.

(25) د. احمد ملحم: التأمين الإسلامي، ص102.

(26) المرجع السابق، ص103.

(27) اعضاء هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية: الدكتور عبد الستار أبو غدة، الدكتور علي الصوا، الدكتور أحمد ملحم و الدكتور محمود السرطاوي.

(28) اعضاء الهيئة: الشيخ صديق الضرير و الشيخ عوض الله صالح و الدكتور خليفة بابكر و الدكتور يوسف العالم و الدكتور حسن عبد الله.

بمعنى هل تكون شركات التأمين الاسلامية في مشقة وحرج اذا لم تعيد التأمين لدى الشركات التجارية؟

قالت الهيئة: إن الاجابة عن هذا السؤال مسؤولية ادارة البنك وخبراء التأمين فيه و قد ورد في السؤال ما يدل دلالة واضحة على وجود الحاجة الى اعادة التأمين، ولا ازدهار لصناعة التأمين الا بترتيبات اعادة التأمين، فإذا كان هذا هو رأي خبراء البنك وادارته فإن الهيئة ترى جواز اعادة التأمين لوجود الحاجة المعينة مع ابداء الملحوظات والتحفظات التالية:

1- أن تقلل اعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن عملاً بالقاعدة الشرعية (الحاجة تقدر بقدرها).

2- أن لا تتقاضى شركات التأمين التعاوني عموله أرباح أو أية عمولة اخرى من شركة الاعادة.

3- أن لا تحتفظ شركات التأمين التعاوني بأي احتياطات عن الأخطار السارية لأن حفظها يترتب عليه دفع فائدة ربوية لشركة التأمين.

4- عدم تدخل شركة التأمين التعاوني في طريقة استثمار شركة اعادة التأمين لاقساط اعادة التأمين المدفوعة لها وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها وعدم المسؤولية عن الخسارة التي تتعرض لها.

5- أن يكون الاتفاق مع شركة الاعادة لأقصر مدة ممكنة، وأن يرجع البنك الى الهيئة اذا اريد تجديد الاتفاق.

6- تحث الهيئة البنك على أن يعمل منذ الآن على انشاء شركة اعادة تأمين تعاوني تغنيه عن التعامل مع شركة اعادة التأمين التجاري[29].

ب- جاء في قرار لمجلس الافتاء الاردني[30]رقم 2001/2 ردا على كتاب مدير عام شركة التأمين الاسلامية الذي ارسله الى قاضي القضاة رئيس مجلس الافتاء والمتضمن طلب بيان الرأي الشرعي في التعامل مع شركة التأمين الاسلامية " بعد الاطلاع على صيغ التعامل في شركة التأمين الاسلامية ونظامها الأساسي، تبين للمجلس أن هذه الصيغ تقوم على نظام التأمين التعاوني الجائز شرعاً، ولكن الشركة تقوم أيضا في تعاملها بإعادة التأمين عند

(29) د. ملحم احمد، التأمين الاسلامي ص385-286 بتصرف.

(30) اعضاء مجلس الافتاء المرحوم الشيخ عز الدين الخطيب التميمي، الدكتور عبد السلام العبادي، الدكتور عمر الأشقر، الشيخ محمود الشويات، الدكتور واصف البكري، الشيخ سعيد الحجاوي ،الدكتور نعيم مجاهد والدكتور محمد ابو يحيى ومن اعضاء المجلس الدكتور عبد العزيز الخياط الذي كان له رأى بعدم جواز اعادة التأمين أصلاً إلا إذا أجبرها القانون الاردني على اعادة التأمين لدى شركات عالمية ولم توجد شركات اعادة اسلامية فتتعامل معها مؤقتا الى ان توجد الى ان توجد شركات اعادة تأمين اسلامية شأنها في ذلك شأن البنوك الاسلامية التي يجبرها القانون الأردني على وضع جزء من اموالها في البنك المركزي.

الشركات التجارية الخاصة بإعادة التأمين، التي لا تلتزم في تعاملها بأحكام الشريعة الاسلامية، وبما أن شركات التأمين الاسلامية مضطرة إلى اعادة التأمين عندها كي تتمكن من العمل في قطاع التأمين، فإن هذا الأمر سيظل حتى تقوم شركات اسلامية لاعادة التأمين.

وعليه فإن إعادة التأمين والحالة هذه تعتبر حاجة تنزل منزلة الضرورة، وقد بين العلماء أن الحاجة ما يترتب على عدم الاستجابة لها عسر وصعوبة سواء كانت حاجة عامة او كانت حاجة خاصة، وليس المراد بخصوصها ان تكون فردية لهذا يجوز التعامل بإعادة التأمين ما بقيت الحاجة قائمة في حدود هذه الضوابط وينبه المجلس الى ضرورة أن تتوجه شركات التأمين الاسلامية الى ايجاد شركات اعادة تأمين اسلامية على مستوى دولي حتى لا تكون الاجازة مبنية على الاضطرار كما أن المجلس يؤكد على هيئة الرقابة الشرعية أن لا يلجأ إلى اعادة التأمين الا عند الحاجة المتيقن منها والله اعلم[31]

جـ- رأى هيئة الرقابة الشرعية للشركة العربية الاسلامية للتأمين (اياك)

جاء في الفتوى (يجوز أن تتعامل الشركة الاسلامية مع شركات اعادة التأمين التجاري على أساس مبدأ الحاجة في الفقه الاسلامي على ان تكون الحاجة متعينة وتقدر بقدرها ويكون التعامل محصورا بين الشركة الاسلامية وشركات اعادة التأمين دون أن يكون للمؤمن له صلة بها، ولا يجوز لشركات التأمين الاسلامي اخذ عمولة نظير الخدمات لأنها تؤدي خدماتها للمؤمن لهم وتستحق أن تأخذ أجرها منهم مباشرة، لأن اخذ الشركة الاسلامية للعمولة من شركات اعادة التأمين التجاري يجعلها بمثابة المنتج لها.

وفيما يخص أخذ عمولات الأرباح من شركات اعادة التأمين التجاري فإن الهيئة ترى أنه لا مانع من أن تتسلم الشركات الاسلامية تلك العمولات التي تدفعها شركات اعادة التأمين التجاري على أن لا تدخلها في حساب اموال الشركة بل يجب عليها ان تصرفها في اوجه الخير والمصالح العامة.[32]

القيود والضوابط التي يجب الالتزام بها عند إعادة التأمين لدى الشركات التجارية:

أولا: لا تجوز إعادة التأمين لدى شركات الإعادة التجارية إذا وجدت شركات إعادة تعمل وفق أسس ومبادئ الشريعة الإسلامية وتسد الحاجة حيث تتوافر لديها الكفاءة الفنية والملاءة المالية.

(31) د. ملحم: التأمين التعاوني و تطبيقاته، ص388-402.

(32) د. ملحم: التأمين الإسلامي و تطبيقاته، ص136.

ثانيا: إذا وجدت شركات إعادة تأمين إسلامية ولكنها غير قادرة على إعادة التأمين بشكل كلي فيجب على شركات التأمين الإسلامية أن تعيد التأمين لدى تلك الشركات بشكل جزئي أولا ثم تعيد تأمين الجزء المتبقي لدى شركات الإعادة التجارية.

ثالثا: يجب على شركات التأمين الإسلامية عند إعادة التأمين لدى شركات تجارية لعدم وجود شركات إعادة إسلامية أن تقلل الإعادة إلى أدنى حد ممكن وهو القدر الذي يزيل الحاجة عملا بقاعدة الضرورة تقدر بقدرها.

رابعا: يحرم على شركات التأمين الإسلامية أن تحتفظ بأية احتياطيات نقدية عن الأخطار السارية تعود ملكيتها لشركات إعادة التأمين التجارية إذا كان سيترتب على ذلك دفع فوائد ربوية.

خامسا: يجب أن تنظم العلاقة بين الشركات الإسلامية والشركات التجارية على أسس صحيحة تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، فلا تتعامل معها وفق فوائد ربوية، وإذا احتفظت شركات التأمين الإسلامية بنسبة معينة من الأقساط المستحقة للشركات التجارية أن تستثمر هذه المبالغ على أساس عقد المضاربة فتكون الشركة الإسلامية العامل المضارب في المال وتكون شركات الإعادة التجارية صاحبة رأس المال يترتب عليها ما يترتب على صاحب رأس المال من الخسارة وفق عقد المضاربة، وأما الربح فيكون بينهما بحسب الاتفاق.

سادسا: يجب على شركات التأمين أن تعمل جاهدة لإقامة شركات إعادة تأمين إسلامية تفي بالغرض، وأن لا تركن إلى الإعادة لدى الشركات التجارية.

سابعا: يجب على هيئات الرقابة الشرعية التدقيق والنظر في اتفاقيات إعادة التأمين وأن تتأكد أنها بقدر الضرورة أو الحاجة الماسة[33].

ثامنا: ان التعويضات التي تدفعها شركات اعادة التأمين التجارية للمتضررين من حملة الوثائق المؤمنين لدى الشركات الاسلامية جائزة شرعاً.

تاسعاً: تعتبر عمولة اعادة التأمين ايراداً مشروعاً يضاف إلى حساب حملة الوثائق وهي جزء من الأقساط المستحقة للمعيد يتم خصمها قبل تحويلها للمعيد تأذن بها شركات الاعادة باعتبارها هبة من تلك الشركات لإعانة الشركات المعيدة للتأمين في تحمل جزء من النفقات الإدارية الخاصة بالأخطار المعاد تأمينها.

---

(33) توصيات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي لسنة 1995 (بيت التمويل الكويتي، ط1، سنة 1995، ص466-467)
و د. أبو غدة: عبد الستار، ندوة التامين، عمان، 1997
وملحم: احمد، التأمين الإسلامي و تطبيقاته ص104-105، ص126-127.

عاشراً: تدفع شركات الإعادة جزءاً من الأرباح المتحققة للشركات المعيدة للتأمين لديها على أساس أنها مكافأة لتلك الشركات على مهارتها في إدارة العمليات التأمينية عموماً والأخطار المعادة خصوصاً، وهذا القدر يعتبر ايراداً مشروعاً يضاف إلى حساب حملة الوثائق(34).

المطلب الثاني: حكم اعادة التأمين التجاري لدى شركات اعادة التأمين الاسلامي

لشركات اعادة التأمين الاسلامية أن تقبل باعادة التأمين لشركات التأمين التجارية إذا كان محل الخطر الذي يراد تأمينه ليس محرما شرعا فلا يجوز التأمين على الخمور والنوادي والملاهي المحرمة، ولا إعادة التأمين عليها كما يجب أن تكون شروط اتفاقيات التأمين بين شركة الاعادة الاسلامية " شركات التأمين التجارية تتفق ومبادىء وأحكام الشريعة الاسلامية.

(34) د. ملحم ، احمد، التأمين الاسلامي وتطبيقاته، ص129.

مراجع الفصل الثاني عشر

1- الأشقر، محمد، بحوث فقهية في قضايا معاصرة.

2- بيت التمويل الكويتي، توصيات الندوة الفقهية الرابعة لسنة 1995م ط1، بيت التمويل الكويتي.

3- ثنيان: التأمين وأحكامه.

4- الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر المعاصر، ط1 ، دمشق.

5- الزحيلي، وهبة، الضوابط الشرعية لصور عقود التأمين على الحياة وإعادة التأمين، بحث مقدم للندوة الرابعة لبيت التمويل الكويتي عام 1995، ط بيت التمويل الكويتي سنة 1997م.

6- الزرقا: مصطفى أحمد، نظام التأمين، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت.

7- السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانرن المدني الجديد، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة.

8- شبير: محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، دار النفائس، ط1، الأردن.

9- الصباغ: أحمد، بحث المبادئ والضوابط الشرعية للتأمين وإعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامية، بحث غير منشور أبو غدة، عبد الستار، ندوة التأمين، عمان، 1997م.

10- الفيومي: المصباح المنير.

11- ليبا: محمد، التأمين التعاوني وتطبيقاته في بنك الجزيرة بالمملكة العربية السعودية وشركة الإخلاص للتكافل بماليزيا، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا سنة1997م.

12- ملحم: وأحمد الصباغ، التأمين الإسلامي، دار الاعلام للنشر والتوزيع ، ط2.

13- ملحم: أحمد، إعادة التأمين.

14- ملحم: أحمد، التأمين التعاوني وتطبيقاته.



الفصل الثالث عشر
ضوابط الفتوى في المعاملات المالية

- المبحث الأول: في تعريف الفتوى وبيان مناطها
- المبحث الثاني: في أثر قصود المكلفين في الفتوى.
- المبحث الثالث: في أثر مآلات الفتوى في تقرير الحكم في النازلة.
- المبحث الرابع: في الآليات والأسس والمعايير الموضوعية والذاتية التي يراعيها المفتي عند تقريره الحكم الشرعي في النازلة موضوع السؤال.

المبحث الأول: في تعريف الفتوى لغة واصطلاحاً ومناطها:

الفتوى في اللغة: لها معان عدة يدور معظمها حول أصلين أحدهما: يدل على الجدة والطراوة، والأخر على تبيين المشكل من الأمور وتبين الحكم(1).

الفتوى في الاصطلاح: الأخبار بحكم الله تعالى عن دليل(2) أو هي حكم الشرع الذي يخبر عنه المفتي بإفتائه (3).

مناط الفتوى:

الفتوى في حقيقتها تحقيق مناط الأحكام في أعيان المكلفين، فالمفتى الناظر في المسألة، إمّا أن يأخذها مجردة عن اعتبار الواقع وما احتف به من قرائن، فيقتصر اعتباره على المناط العام أي الاقتضاء الأصلي للأدلة، وإما أن ينظر في المسألة معتبراً القرائن وحال كل مكلف ويراعى العوارض القائمة في حق هذا المكلف بعينه، وعليه فإن الحكم الذي سيوقعه هنا هو ثمرة الاجتهاد في تحقيق المناط الخاص، وبمعنى آخر فإن الفتوى تأخذ بعين الاعتبار الاقتضاء التبعي للأحكام، وفي الحالتين فهو يحتكم إلى معايير ومناهج تعينه على فهم الواقعة محل الفتوى ثم إيقاعها ضمن ضوابط تحقق مقاصد الشارع (4).

وفي هذا يقول ابن القيم: لا بد للحاكم (ويصح أن يفهم هنا بمعنى المفتى) من ثلاثة مستويات من الفقه، فقه الأحكام التكليفية الكلية للحوادث، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطى الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع (5).

المبحث الثاني: أثر قصود المكلفين في الفتوى

قال ﷺ (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه)(6).

---

(1) ابن فارس، احمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م، 341/2.

(2) الحراني: احمد بن حمدان الحراني، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق الشيخ محمد ناصر الألباني المكتب الإسلامي، دمشق، ص4.

(3) د. عبد الكريم زيدان، اصول الدعوة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط9، 2000م، ص 161.

(4) د. صفاء احمد شاهين، الضوابط المعيارية في تنزيل الأحكام الشرعية رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة بأشراف د. محمود السرطاوي، 2009، ص 76.

(5) ابن القيم، شمس الدين بن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، ص 25.

(6) البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1990م، كتاب بدء الوحي حديث رقم ص 21.

يقول الشاطبي: (إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات، والمقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة، والعمل الواحد يقصد به شيء فيكون عبادة ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك، بل قد يقصد به شيء فيكون إيماناً، ويقصد به شيء آخر فيكون كفراً كالسجود لله أو للصنم) (7).

وقد صاغ الشاطبي قاعدة عامة من معنى الحديث (إنما الأعمال بالنيات...) مفادها أن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع) (8).

ويقول ابن القيم (تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك وهي: أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة أخرى باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة أخرى باختلافها، ... إلى أن قال: وذلك كعصر العنب بنية أن يكون خمراً معصية ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعصره بنية أن يكون خلاً أو دبساً جائزة، وصورة الفعل واحدة، وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلماً حرام، باطل لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان، وإذا باعه لم يعرف أنه يجاهد في سبيل الله فهو طاعة وقربه)(9) .

وقد أجمع الفقهاء على حرمة الحيل ومنعها إذا كان قصده ظاهراً في التحيل على أحكام الشرع لأنها تْحرم قصد الشارع من التشريع، فقوام الحيلة الممنوعة هو قصد فاسد بوسيلة مشروعة للوصول إلى غاية غير مشروعة ومضادة لقصد الشارع.

وقد عرف الشاطبي الحيلة بقوله: تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر. فحال العمل فيها خرم قواعد الشرعية في الواقع(10).

وقد اعتبر الفقهاء الباعث على التصرفات فالمالكية والحنابلة يبنون الحكم على الفعل والقول بناء على نية المكلف وقصده، فالنيات عندهم معتبرة في العبادات والعادات، فيبطلون التصرف إذا تبين لهم عدم مشروعية الباعث عليه صراحة أو قامت مظنة عدم المشروعية عليه بما احتفت بهذا الفعل من قرائن (11).

(7) الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، ط3، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م. الموافقات، 246/2.
(8) المرجع السابق 250/2.
(9) ابن القيم، أبو عبد الله بن أبي بكر، دار الجليل، بيروت، 1998م، اعلام الموقعين 3/ 138.
(10) الشاطبي، الموافقات 145/4.
(11) د. الدريني: محمد فتحي، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص 196.

وأما الشافعية والحنفية فلا يبطلون العقود إلا بما يدل على بطلانها في العبارات الظاهرة أو بما يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد.

فلا خلاف بين الفقهاء في حرمة الحيل ومنعها، ومناط الخلاف بينهم فيما يتحقق به التحيل فالحنابلة والمالكية يكتفون بمجرد القرائن الدالة على القصد دون الحاجة إلى التصريح والشافعية والحنفية يشترطون لبطلانها أن تكون العبارات ظاهرة في الدلالة عن قصد التحيل أو يمكن استخلاص ذلك من طبيعة محل العقد(12).

ومن المسائل التي انبنت على هذا الخلاف:

1- **بيع العينة:** وصورة المسألة: أن يبيع الرجل سلعة لرجل بمائة دينار إلى سنة ثم يشتريها منه بتسعين ديناراً نقداً فالمالكية والحنابلة قالوا: إن هذا تحيلاً إلى الربا بصورة بيع، والسلعة القائمة في العقد لغو، لأنها ليست مقصودة لذاتها، وإنما المقصود حقيقةً هو النقد حيث آل التصرف إلى بيع 90 ديناراً بمائة إلى سنة، وهذا هو ربا النسيئة والفضل، ويدل على حرمة هذا التصرف حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إذَ ضنَّ الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله عليهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم)(13).

2- **التورق:** وهو شراء سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها لمن اشترى منه بثمن أقل مما اشتراها به نقداً ومثاله: ما روي عن العالية بنت أيفع أنها قالت (دخلت مع عائشة على نسوة، فقالت: ما حاجتكن؟ فكان أول من سألها أم محبة، فقالت: يا أم المؤمنين، هل تعرفين زيد بن أرقم، قالت: نعم، قالت: فإني بعته جارية لي بثمانمائة درهم إلى العطاء، وأنه أراد بيعها فابتعتها منه بستمائة درهم نقداً، فأقبلت عليها وهي غضبى، فقالت: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده إلا أن يتوب، فأفحمت صاحبتنا فلم تتكلم طويلاً، ثم أنه سهل عليها فقالت: يا أم المؤمنين، أرأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي؟ فتلت عليها: (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف)(14) فهذه الصورة ممنوعة محرمة عند المالكية والحنابلة وجائزة عند الشافعية وبعض الحنفية حيث قالوا: بأن حديث السيدة عائشة لم يثبت لمخالفة زيد لها، ومذهبهم في حال اختلاف الصحابة هو القياس، وهو هنا جواز البيع لأنه شراء مستأنف (15).

---

(12) المرجع السابق.

(13) أبو داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1999م، السنن، حديث رقم 3462.

(14) البيهقي: أحمد بن الحسين، ط3، 11م، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، السنن الكبرى، 330/5.

(15) ابن رشد: محمد بن احمد القرطبي، ط1، دار ابن حزم، بيروت،1999م، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص509.

وفي رأيي أنه ينبغي التفرقة بين أن يكون بين المتبايعين اتفاق مسبق على البيع والشراء ثانية أو جرى عرف بذلك وبين عدم وجود اتفاق مسبق أو عرف ففي الحالة الأولى يكون التورق محرماً وهو من بيع العينة الذي ورد النص بتحريمه، وأما الحالة الثانية فإن كان المشتري الثاني قاصداً البيع للبائع الأول بثمن أقل للحصول على النقد فهو حرام ديانة وهو من الحيل الممنوعة، وإن لم تكن النية منعقدة على التحيل بالبيع للأول ولكن جدت حاجة للمشتري الثاني ألجأته إلى البيع كطروء مرض أو سفر أو عدول عن بناء وقد اشترى مواد للبناء من التاجر فيجوز له البيع ولا يعتبر من التورق المحرم.

وهناك صورة أخرى وهي أن يشتري من التاجر سلعة بقصد بيعها لثالث والحصول على النقد فهذا جائز، وما شرعت البيوع إلا لتحقيق المقاصد المشروعة وهذا نوع منها.

3- الوصية للوارث في قالب الأقرار بالدين في مرض الموت.

4- الواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز ولكنه جعلها وسيلة لمنع الزكاة.

وخلاصة الأمر كما يقول الشاطبي فإن الأحكام وسائل لتحقيق المصالح وكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل[16].

ويقول في موضع آخر (إن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمورٌ أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل في ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات) [17].

المبحث الثالث: أثر مآلات الفتوى

إن الأحكام لا ينظر إليها من جهة ألفاظها وظواهرها فحسب، بل لابد من النظر إليها باعتبار غاياتها، فإذا ظهر للمجتهد أن إجراء الأحكام على ظاهرها لم يعد يحقق في المآل والنتيجة المصلحة والمقصد الأعلى المرجو من تشريعها لما احتف بالأحكام من قرائن، وجب أن يراعي المآل والنتيجة حفاظاً على المصلحة في الحكم[18]، يقول الشاطبي(النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على

(16) الشاطبي: الموافقات، 252/2.

(17) الشاطبي: الموافقات، 192/2.

(18) الكيلاني: عبد الرحمن، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ص 60.

فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الأحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو لمصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية[19].

وهذا يبين خطأ الإجراء الآلي للأحكام على ظواهرها دون النظر في مآلاتها، فالشاطبي رحمه الله في كلامه السابق يؤصل لهذا الضابط درءاً للتعسف في الاجتهاد وفي التطبيق حتى لا تتناقض الأحكام في الجزئيات مع الأصل الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[20].

وإذا كان تحقيق المناط يقتضي معرفة ما هو واقع، فإن اعتبار المآل يقتضي معرفة ما هو متوقع أو ما ينتظر أن يصير متوقعاً وهو جزء من معرفة الواقع وثمرة من ثماره، وهذا الاجتهاد التطبيقي يحتاج إلى نوع خاص من المجتهدين ذوي التعمق في النصوص الشرعية ومقاصدها إلى جانب الإلمام بطبائع النفوس وخفاياها وخصوصياتها، والنظر المحكم في الوقائع والسنن الاجتماعية وتأثيراتها والعلم بالواقع وتفاعلاته[21].

ومن خصائص هذا المجتهد كما يقول الشاطبي: أنه ناظر إلى المآلات قبل الجواب عن السؤالات أو الحكم على الأفعال[22] والأدلة على اعتبار المآل لا تخفى على أهل العلم ونذكر منها.

أ- قوله تعالى ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾[23].

ب- وقوله ﷺ للسيدة عائشة رضي الله عنها (لولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدر في البيت وأن ألصق بابه بالأرض) [24].

(19) الشاطبي: الموافقات، 140/4.

(20) الدريني: التعسف في استعمال الحق، ص 127.

(21) الريسوني: احمد الريسوني وباروت، محمد جمال، ط1، دار الفكر، دمشق، 2006م، الاجتهاد بين النص والمصلحة والواقع، ص 67.

(22) الشاطبي: الموافقات، 169/4.

(23) سورة الأنعام،158.

(24) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الحج، باب فضل مكه وبنيانها، حديث رقم 1584.

ولاعتبار المآل طرق شرعية اقتضاها أصل اعتبار المآلات وشهد لها الشارع بالاعتبار فبها تكتسب المشروعية، ومن هذه الطرق الاستحسان وسدّ الذرائع ومراعاة الخلاف، ومنع الحيل وغيرها مما هو مبسوط في كتب الأصول[25].

ومن الأمثلة على اعتبار المآل

1- **القرض:** الأصل أن الدرهم بالدرهم مع الأجل ربا، والقرض فيه صورة الربا، لأنه أعطاء الدرهم مقابل الدرهم مع الأجل، ولكنه أبيح لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين.

ولذا قال الكثير من الفقهاء: أن اشتراط الأجل في القرض لا يجوز لأنه دليل ظاهر على مقاربة صورته لصورة الربا، وقال المالكية: يجوز اشتراط الأجل في القرض لاعتبارات منها بيان وقت الاقتضاء، وحتى يحقق القرض مقصوده الشرعي في التوسعة على المقترض، ولأنه لا يقصد من موضوع القرض الاسترباح كما الأمر في الربا.

2- **بيع العُرية بخرصها تمراً:** فإنه بيع الرطب باليابس جزافاً، والقياس أنه ربا محرم، ومع ذلك أبيح في حدود خمسة أو سق لرفع الحرج عن المحاويج والمساكين الذين لا يملكون بساتين النخيل، وأبيح لغيرهم تبعاً لهم.

ولا شك أن هذه الأحكام ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح حيث كان الدليل العام يقتضي المنع، ولكن المبادئ العامة للتشريع التي تقتضي رفع الحرج والمشقة أولى بالاعتبار فالشريعة الإسلامية لا تعمل في فراغ فتقرر قواعد نظرية دون مراعاة لواقع المجتمع بل وضعت أصولاً عامة ورسمت مقاصد أساسية لمعالجة ذلك الواقع [26].

المبحث الرابع: الآليات والأسس والمعايير الموضوعية والذاتية التي يراعيها المفتي عند تقرير الحكم الشرعي للنازله.

من الأمور التي لابد للمفتي من مراعاتها عند تنزيل الحكم على الواقعة موضوع السؤال:

الأمر الأول: معرفة الواقع حيث يعتبر أساساً لتنزيل الأحكام الشرعية، وقد أدى الجهل بالواقع إلى تعطيل أحكام الشريعة وجعلها قاصرة لا تقوم بمصالح العباد في مجالات الحكم والإفتاء [27] وبمعنى آخر فإن على المفتي أن يضع الوحي ومقاصده في يمناه وأن يضع

(25) جحيش: بشير بن مولود: الاجتهاد التنزيلي، كتاب الأمة، العدد 93، ط1، طبعة وزارة الأوقاف القطرية، 2003م، ص 117.

(26) الدريني: محمد فتحي، ط1، 2م، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994م، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، 121/1.

(27) د. النجار، عبد الحميد، ط3، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، 2005م، خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، ص 120.

حقائق الواقع الإنساني الدائم التبدل والتغيير في يساره ليحدث بينهما تكاملاً وترابطاً سعياً إلى تحقيق وصل حقيقي ودائم بين وحي السماء وواقع الأرض[28] على حد تعبير د. قطب سانو وهذه العملية لا تتم إلا بالعلم الذي يستخدم جملة من وسائل المعرفة التي تكشف عن الجوانب المختلفة للأفعال المكونة للواقع. ومن وسائل المعرفة علوم النفس والاجتماع والاقتصاد والإحصاء والتاريخ والسياسية والقوانين الدولية[29].

الأمر الثاني: أن يكون المجتهد على حظ من المعرفة بأحوال عصره وظروف مجتمعه ومشكلاته وتياراتها الفكرية والسياسية والدينية وعلاقاتها بالمجتمعات الأخرى ومدى تأثره بها وتأثيره فيها[30]. وقد اشترط الإمام أحمد في المفتي أن تكون له معرفة بأحوال الناس وهذا ما قال به الشيخ مصطفى الزرقا عند ذكره شرط العضوية في المجمع الفقهي: أن يكون ممن جمعوا بين العلم الشرعي والاستنارة الزمنية[31] وقال الشيخ يوسف القرضاوي: إن على المجتهد أن يكون ملماً بثقافة عصره حتى لا يعيش منعزلاً عن المجتمع الذي يعيش فيه ويجتهد له ويتعامل مع أهله [32].

الأمر الثالث: معرفة المفتي لحال المستفتي ونفسيته، ويقصد بذلك كما يقول الشاطبي: اختصاص الحكم وتعلقه بذات الشخص الذي حدثت معه الحادثة، فلا يدخل غيره فيها على وجه العموم لشخصين أو أكثر، بل لا بد من النظر في كل مكلف في نفسه، وذلك لأن التطبيق للحكم من الشخص يختص به دون غيره من الأشخاص [33] وهو بذلك يحقق خطاب الشارع في التكليف (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)[34] المقتضى حمل النفوس على ما يليق بها في مجارى الحياة، ومن ثم فإن على المفتي أن يعمل في النصوص بالتخصيص بناء على العموم الوارد على المكلفين، فكأنه يخص هذا العموم بما يقوم به من العمل الذي يناسب كل شخص وحالته [35] فعلى المفتي مثلاً مراعاة الإمكان أي تقدير ما يمكن وما لا يمكن، وتقدير حدود الإمكان فيما هو ممكن، ذلك أن التكليف الشرعي يدور مع القدرة والإمكان وجوداً وعدماً

(28)د. سانو، قطب مصطفى، أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، ط1، دار الفكر، دمشق،2000م، ص 19.

(29) د. القرضاوي: يوسف، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، ص 66.

(30) د. الشامي، سيف سعيد مبارك، نظرية الاجتهاد عند الإمام الشاطبي، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ص 162.

(31) الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات،مجلة الدراسات الإسلامية، مجمع البحوث الإسلامية، الجامعة الإسلامية، إسلام أباد، عدد4، م20، 1985م، ص 50.

(32) د. القرضاوي، يوسف، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، ص 66.

(33) الشاطبي: الموافقات، 71/4.

(34) سورة البقرة، اية 286

(35) الشاطبي: المرافقات،71/4.

وقدراً، وإذا كان الميسور لا يسقط بالمعسور، فإن المعسور لا يلحق بالميسور، وتمييز ما هو مقدور مما ليس بمقدور، وما هو معسور مما هو ميسور يحتاج إلى دراية بالواقع وأهله [36].

وترتيباً على ما سبق فإنه لا بد للمفتي من مراعاة خصوصيات السائلين، فيجيب السائل عما يليق به في حالته على الخصوص، فلا يتوقف عند الأمر الكلي الصادق على جميع الحالات دون اعتبار الخصوصيات.

وقد أفتى ابن عباس رضي الله عنهما بعدم توبة القاتل لما رأى في عينيه إرادة القتل وأفتى سائلاً آخر بأن له توبة ولا يحول أحد بينه وبين التوبة لما رأى أن السائل جاء مستكيناً تائباً.

ومن هذا المنطلق أنشئ مجلس خاص للإفتاء للمسلمين الذين يعيشون في المجتمعات غير المسلمة كمجلس الإفتاء الأوروبي وذلك مراعاة لخصوصياتهم.

يقول الشاطبي: إن المفتي الذي يقف على هذا التحقيق الخاص لمناط الحكم هو الذي رزق نوراً يعرف به النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها وقوة تحملها للتكاليف وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف[37].

الأمر الرابع: معرفة النازلة وما يكتنفها ومعرفة أسبابها المباشرة وغير المباشرة ونتحدث عن كل من العرف والأبعاد الزمانية والمكانية وخصوصية المراحل اعتباراً لحال المجتمع والظروف الطارئة عليه.

الأمر الخامس: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان والأمكنة والأحوال من القواعد المقررة عند الفقهاء أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان والأمكنة والأحوال، والتغير المراد هنا ليس تغيراً في الحكم، وإنما هو تغير في مناط الحكم، ومثل هذا لا يعد تغييراً ولا تبديلاً ولا نسخاً للشريعة، لأن الأحكام في حقيقتها باقية، وإنما حصل التغيير في محلها بحيث لم يعد متوافراً فيه شروط التطبيق فطبق حكم آخر عليه [38].

وتفريعاً على هذا الأصل فإن للأبعاد الزمانية والمكانية والعوارض الطارئة على الفرد أو الجماعة اعتباراً عند تنزيل الأحكام والفتاوى، وقد راعى الشارع هذا المعيار فجعل لبعض الأماكن والأزمان خصوصية في الأحكام ومن ذلك: أنه خص بعض الأماكن بالعبادات دون

(36) الريسوني: الاجتهاد والنص والمصلحة والواقع، ص 64.
(37) الشاطبي: الموافقات، 71/4.
(38) جحيش: بشير بن مولود، في الاجتهاد التنزيلي، ص34.

غيرها مثل مواقيت الإحرام والوقوف بعرفه ورمي الجمار والمبيت بمزدلفة ومنى، ومضاعفة الأجر بمكة والمدينة المنورة والمسجد الأقصى ومسجد قباء، كما أن السيئات تضاعف في الحرم كما الحسنات في رأي ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

وقد كان لابن عمر رضي الله عنه فسطاطان أحدهما في الحل والآخر في الحرم فإذا أراد الصلاة صلى في الذي في الحرم، وإذا أراد الأمر لبعض شأنه دخل فسطاط الحل(39).

ومن اعتبار الزمان النهى عن الصلاة في أوقات معينة واستثنى منها الحرم المكي، وفرض صوم شهر رمضان، ومضاعفة الأجر في ليلة القدر، ويوم الجمعة، والاستجابة في ساعة من يوم الجمعة وخصوصية أشهر معلومة للحج والأشهر الحرم قال تعالى: ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَـٰتٌ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ ﴾(40) قال تعالى: ﴿ إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ ٱلسَّمَـٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ مِنْهَآ أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ۚ ذَٰلِكَ ٱلدِّينُ ٱلْقَيِّمُ ۚ فَلَا تَظْلِمُوا۟ فِيهِنَّ أَنفُسَكُمْ ﴾(41) ونذكر بعض الأمثلة الفقهية على مراعاة الزمان والمكان في المعاملات المالية:

1- كراء عقارات الوقف من الأراضي والدور، أفتى العلماء بعدم جواز كراء عقارات الوقف أكثر من سنة في الدور والحوانيت، وثلاث سنوات في الأراضي الزراعية لما كثر غصب أملاك الوقف وتواطؤ المتولين ونظار الوقف مع المستأجرين (42).

2- تحكير أرض الوقف للزراعة والغرس والبناء. استقر العمل في العصور الأولى في تأجير الأراضي الوقفية للزراعة والغراس والبناء لمدة قصيرة حفاظاً على الوقف من الضياع ولتحقق المثلية عند تأجيرها، ونظراً لقصر المدة زهد الناس في الأندلس في كرائها للغراس والبناء لما تحتاجه أرض الزرع من قوة الخدمة ووفرة المصاريف، ولرفض الغارس أو الباني أن يغرس ثم يقلع أو يبني ثم يهدم ناهيك عما يتطلبه ذلك من الوسائل والعتاد وغيرها في الأندلس التي تختلف في طبيعة الحياة وتكاليفها عن الجزيرة العربية التي لا يتطلب البناء فيها يومئذ أكثر من شيء يسير من الطين والجريد، الأمر الذي دعا فقهاء الأندلس في أواخر القرن التاسع الهجري إلى الإفتاء بجواز كراء الأرض على التأبيد، ورأوا أن التأبيد لا غرر فيه، لأن الأرض باقية غير زائلة (43).

(39) ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القران، دار الجيل، بيروت،1276/3.

(40)سورة التوبة:36

(41) سورة البقرة: 197

(42) الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط2، 2م، دار العلم، دمشق، 2004م، 949/2.

(43) القرضاوي: يوسف عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الصحوة، القاهرة، 1985، ص 593.

3- حكم ضالة الإبل: أمر النبي ﷺ بعدم التقاط ضالة الإبل لتوفر الأمن وعدم الخوف عليها من الوحوش المفترسة خلافاً لضالة الغنم، وبقي الأمر على هذا في عهد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما كان عهد عثمان رضي الله عنه أمر بالتقاطها وتعريفها، ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها، ولما كان عهد علي رضي الله عنه أمر بالتقاطها وأن ينفق عليها من بيت المال حتى إذا جاء صاحبها أعطيت له، لأن ثمنها لا يغني عن ذواتها.

فما فعله عثمان وعلي رضي الله عنهما في حكم ضالة الإبل كان بسبب تغير أخلاق الناس وفساد ذممهم وامتداد أيديهم إلى الحرام، ولو تركت ضالة الإبل لضاعة على صاحبها.

4- تضمين الصناع: الأصل أن الأجير أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط ولكن الفقهاء أفتوا بتضمين الأجير المشترك بعد أن غلب عليهم قلة الأمانة وعدم الاحتياط، وروى هذا عن سيدنا علي رضي الله عنه.

5- جواز أخذ الأجرة على الإمامة والأذان وتعليم القرآن، أفتى المتأخرون من علماء الحنفية بجواز الأجرة عليها بعد تقاعس الهمم عن القيام بهذه الواجبات.

6- جواز التسعير: الأصل عدم التسعير، فآلية السوق هي التي تحدد الأسعار بناء على العرض والطلب. ففي الحديث الشريف (إن الله هو الباسط الرزاق المسعر....). وقد أفتى العلماء بجواز التسعير بعد استغلال التجار لأقوات الناس وحوائجهم[44].

7- معيار تحقق الربا في المكيل والموزون. ورد نص الشارع على أن ما كان من الربويات مكيلاً في عرف أهل المدينة فهو مكيل أبداً، وما كان موزوناً في عرف أهل مكة فهو موزون أبداً، وعليه فلا يباع المكيل بمثله وزناً، ولا يباع الموزون بمثله كيلاً وإلا كان ربا الفضل، والذي لم يرد فيه النص فيحمل على عادات الناس في بلادهم وإلى هذا ذهب الإمامان أبو حنيفة ومحمد بن الحسن، وعليه فإن القمح والشعير تباع بمثلها كيلاً لا وزناً فإن بيعت بمثلها وزناً كان ذلك ربا الفضل.

وذهب أبو يوسف إلى أن المعتبر هو العرف في المنصوص وغيره، إذ أن المنصوص عليه علته ومبناه العرف فإذا تغير العرف وأصبح ما يكال موزوناً أو العكس وجب اعتبار العرف الجديد وأن يباع بالوزن لا بالكيل لكي تحقق المساواة وعدم التفاضل حتى لا تشوب عملية البيع الربا المحرم.

(44) الزرقا: المدخل الفقهي العام، 949/2.

وأرى أن ما ذهب إليه أبو يوسف فيه رفع الحرج والمشقة عن الناس بتصحيح معاملاتهم وعدم الحكم بفسادها، وفيه تحقيق المساواة ومنع التفاضل. وهو يتفق بذلك مع مقاصد الشريعة وغاياتها [45].

الأمر السادس:خصوصية المراحل اعتباراً لحال المجتمع والظروف الطارئة عليه: إذا كان للظروف والأحوال الشخصية الملابسة للفرد أثر في الحكم الشرعي فمن باب أولى أن يكون للظروف الطارئة والمراحل التي يمر بها المجتمع أثر في تشكيل علل الأحكام التي تطبق على المجتمع بأسره أو على أهل بلد معين أو أصحاب حرفة معينة إذا تعرضوا لنفس الظروف واحتفت بتصرفاتهم نفس القرائن والملابسات[46].

والأدلة على اعتبار هذا المعيار كثيرة نذكر منها.

1- عدم هدم النبي ﷺ الكعبة وإعادة بنائها على قواعد سيدنا إبراهيم عليه السلام لما رأى من حال قريش وعدم تمكن الإسلام من قلوبهم خشية أن تثور الفتن فيما لو قام بالتجديد لبيت الله، ظنا منهم أنه سيستأثر بفضل بناء البيت دونهم.

2- أمره ﷺ بالصبر على أئمة الجور إذا لم تكن هناك قدرة على خلعهم واستبدال آخرين صالحين بهم.

3- أمره ﷺ بالصلاة جماعة خلف أئمة الجور والجهاد معهم رعاية لمصلحة الجماعة عند فقدان البر [47].

4- عدم قطع سيدنا عمر رضي الله عنه ليد السارق عام المجاعة لتمكن الشبهة في المجتمع، وإذا كان الحد بدرأ لشبهة قامت بالفرد، فدرؤه لشبهة قامت بالجماعة (المجتمع) من باب أولى.

5- منع سيدنا عمر رضي الله عنه جنود المسلمين من الزواج بالكتابيات رعاية لحال بنات المسلمين وحفاظاً على أسرار الدولة [48].

6- عدم تقسيم عمر رضي الله عنه الأراضي في البلاد التي فتحت عنوة على الفاتحين وحبسها للصالح العام.

7- منع عمر رضي الله عنه ذبح اللحم تقليلاً للاستهلاك منه عندما كان الحال العام للأمة من الفقر يقتضي ذلك [49].

---

(45) د. البا حسين: يعقوب بن عبد الوهاب، ط1، مكتبة الرشد ، الرياض، 2003م، العادة محكمة، ص 92.
(46) د. جحيش: بشير بن مولود، في الاجتهاد التنزيلي، ص34.
(47) د. القرضاوي: يوسف، الصحوة الإسلامية بين الجحود والتطرف، ط٦، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص 17.
(48) د. القرضاوي: يوسف، الاجتهاد والمعاصر بين الانضباط والانفراط، ص 97.
(49) ابن القيم: اعلام الموفقين، 8/3.

8- أمر عمر رضي الله عنه بزراعة محاصيل معينة وبمقادير معينة حفاظاً على قوت الناس.

9- ترك ابن تيمية إيقاظ السكاري من التتار للصلاة لما في ذلك من رعاية صالح جماعة المسلمين كفاً لعدواتهم وشرهم عن المجتمع المسلم[50]

10- يمكن أن يقاس على ذلك شراء أسهم الشركات التي اختلط رأس مالها بالحرام وكان دون 30% أي في حد القلة إذا لم ينص عقد التأسيس للشركة على التعامل بالربا وكان موضوع الشركة غير محرم.

11- جواز العرايا في حدود خمسة أوسق اعتباراً بحال الجماعة، وهي فئة الفقراء والمحاويج من أهل المدينة الذين يملكون بساتين النخيل ولا يملكون النقود لشراء الرطب وهو في ذلك الوقت طعامهم وفاكهتهم.

الأمر السابع: الاجتهاد الجماعي: مع أن الاجتهاد الفردي الذي شهدته القرون الأولى للأمة الإسلامية قد أنتج ثروة فقهية عظيمة من حيث التأصيل له ووضع القواعد والنظريات الفقهية إلا أن الاجتهاد الفردي في زماننا لم يكن قادراً على مواكبة المستجدات والنوازل نظراً لتعقيداتها في المجالات كافة فالمعطيات العالمية والتقدم التقني والتكنولوجي أوجد كماً هائلاً من القضايا التي تحتاج لإبداء الرأي فيها هذا بالإضافة إلى أن الأبعاد العالمية للقضايا لا يتمكن الفرد بقدراته المحدودة الإحاطة بها، ومعرفة مآلاتها والحكم على الشيء فرع عن تصوره فاقتصاد الدولة أو القطر تأثر كثيراً بالاقتصاديات العالمية، لكل هذا كان الاجتهاد الجماعي هو الملاذ لاستدراك هذه المحدودية في المعلومات، كما تبرز أهمية الاجتهاد الجماعي في البعد بالفتوى عن الاضطراب والشطط، ذلك أن من أهم سمات الاجتهاد الجماعي أنه مبنى على الشورى العلمية الفقهية، حيث يتناول العلماء الرأي في المسألة من خلال الأبحاث العلمية التي تتم مناقشتها وتمحيص مسائلها.

كما أن من أهم سماته استعانة الفقهاء بالخبراء في مجالات العلوم ذات الصلة بموضوع النازلة، ففي المسائل الطبية مثلاً: يبين الأطباء أهل الاختصاص التقنيات العلمية والوسائل اللازمة لتحقيق الأمر الطبي، ويشرحون بالتفصيل والبيان الأهداف والوسائل والنتائج وكل ما يتعلق بالمسألة موضوع البحث، والشواهد على التعاون ماثلة في قضايا التلقيح وأطفال الأنابيب والاستنساخ والهندسة الوراثية والإجهاض والموت الدماغي وزراعة الأعضاء

(50) قاضي زاده، شمس الدين احمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تكملة شرح فتح القدير لابن الهمام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، 100/9.

والتشريح وجراحة التجميل وتحديد المسئولية الطبية للطبيب وغيرها من المسائل التي كان للاجتهاد الجماعي جهد كبير في بيان أحكامها، وما كان يمكن أن يصل الفقهاء فيها لحكم سديد إلا بالتعاون والتشاور فيما بينهم وبين الأطباء من أهل الاختصاص. ومثل هذا يقال في القضايا الاقتصادية والمالية التي تعقدت بعد أن أصبح العالم قرية صغيرة، وأن أي دولة مهما احتوت من كنوز فإنها لا تستغني عن اقتصاديات الدول الأخرى الأمر الذي يستدعي نظرة واسعة، ما كان للفقهية بصفته الفردية أن يحيط بها وبمآلاتها فكان الاجتهاد الجماعي هو الملاذ وكانت الاستعانة بعلماء الاقتصاد وخبراء المال والقائمين على المؤسسات المالية الدور الكبير في الكشف عن كثير من جوانب المسائل وتوضيحها، وبيان الأهداف والوسائل والمآلات لها، والشواهد على ذلك كثيرة منها ثمينة النقود وأحكامها والأوراق المالية والأوراق التجارية والأسواق المالية والاعتمادات المستندية وخطابات الضمان وبطاقات الائتمان والضمان الاجتماعي والتأمين التكافلي، وقد استدعى الأمر إعادة النظر في صور بعض العقود المسماة مثل المرابحة والاستصناع والإجارة المنتهية بالتمليك والشركات المساهمة، وشركة المضاربة، والشركات المتناقصة المنتهية بالتمليك وغيرها من العقود المالية، كل ذلك في ضوء المبادئ والأسس والقواعد الكلية التي أرستها الشريعة الإسلامية، وفي هذا الصدد لا بد من الإشارة إلى الجهود الكبيرة التي قامت بها المجامع الفقهية الإسلامية كمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي والمجامع الفقهية في الهند وباكستان وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث أصدرت المعايير الشرعية لأعمال البنوك والمؤسسات الإسلامية.

والناظر في قرارات المجامع الفقهية في المستجدات والنوازل يلحظ كيف تلاقت أفهام الفقهاء وأثمرت مشاوراتهم عن أحكام مراعية مقاصد الشرع إبان الفهم والتطبيق.

يقول: د. القرضاوي: رأي الجماعة أقرب إلى الصواب من رأي الفرد مهما علا كعبة في العلم، فقد يلمح شخص جانباً في الموضوع لا ينتبه له آخر، وقد يحفظ شخص ما يغيب عن غيره، وقد تبرز المناقشة أموراً كانت خافية، أو تجلى أموراً كانت غامضة أو تذكر بأشياء كانت منسية[51].

وبناء على ما سبق فإنه يجدر بالمفتي أن يطلع على أعمال هذه المجامع، وأن لا يتسرع بمخالفتها، فالعمل الجماعي أكثر دقة من عمل الفرد، وهي وإن كانت ليست ملزمة الزام الإجماع إلا أن العمل بها أولى من العمل برأي الفرد، فإن كان للفرد رأي فيحسن أن يعاد النظر في المسألة في إطار مجمعي موسع يدعى إليه الباحثون والعلماء من فقهاء الشريعة

(51) د. القرضاوي، يوسف، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، ص 97.

والعلماء والخبراء من الاختصاصات ذات الصلة بالموضوع ويعرض الأفراد أراءَهم ليصار إلى رأي راجح في المسألة.

الأمر الثامن: النظام العام أفرد هذه المسألة بعنوان لأهميتها، ذلك أن من مهام المفتي في المسائل ذات الشأن العام المحافظة على النظام العام الذي لا يناقض الشرع وهو يقتضي توحيد الفتوى في الشأن العام، ولا شك أن الاجتهاد الجماعي يصلح أن يكون نقطة البداية في المحافظة على النظام العام، وأما المسائل التي تخص الفرد ولا تتعلق أحكامها بغير السائل فإنها لا تعتبر من النظام العام كمسائل الجمع بين الصلوات في السفر وبعذر المرض، وكمسألة المسح على الخفين والصوم في يوم السبت، أما مسائل الطلاق بين الزوجين مثلاً فهي من النظام العام، ومسألة بدء الصوم في شهر رمضان واثبات أول شهر شوال فهي من النظام العام، وهذا موضوع في غاية الأهمية لأن بعض أهل العلم يفتى في المسألة برأيه دون أن يتبين تأثير هذه الفتوى على النظام العام الذي يحرص الإسلام أشد الحرص في أحكامه كلها على قيام بنيانه باعتباره من سمات وحدة المجتمع وانتظام الحياة فيه.

الأمر التاسع: مراعاة الخلاف أن مما ينبغي للمفتي الالتفات إليه ومراعاته في الفتوى مراعاة الخلاف، فقد جعل السلف معرفة الاختلاف علماً هاماً ينبغي للمجتهد أو المفتي الاعتناء به، فإن المجتهد والمفتي إذا لم يعلم اختلافهم وأدلة كل، ربما كان ما في يده أضعف مدركاً مما لم يقف عليه، فإذا عرف الخلاف ومدرك كل أمكنة الترجيح، فلا يأخذ ضعيفاً ويترك قوياً، (52) ومما حفظ عن السلف قول قتادة: من لم يعرف الاختلاف لم يشم أنفه الفقه، وقيل: لا ينبغي لأحد أن يفتي الناس حتى يكون عالماً باختلاف الناس فإن لم يكن كذلك ردّ من العلم ما هو أوثق من الذي في يديه (53).

يقول الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله (الآراء والنظريات الفقهية في المذاهب المعتبرة سواء منها الراجح والمرجوح كلها ثروة تشريعية قيمة يحتاج إليها، وقد يظهر تطور المصالح الزمنية وإعادة النظر أن ما كان من الآراء الفقهية مرجوحاً هو الذي يجب أن يكون راجحاً، وما كان يظن أنه ضعيف البنى هو في الحقيقة أقوى وأسد،ولكن مرأى نظر صاحبه كان أمام قافلته بمسافات لا تدركها أبصارهم فيبقى غير معتمد عليه حتى تصل العصور بالأجيال إلى مرمى ذلك النظر فإذا هو البصر الحديد والفهم الرشيد (54).

---

(52) الشاطبي: الموافقات 116/4.

(53) ابن عبد البر: يوسف ابن عبد البر النمري القرطبي، جامع بيان العلم وفضله، ط1، دار ابن الجوزي الرياض، 1994، 816/2.

(54) الزرقا: المدخل الفقهي العام 568/1.

ومراعاة الخلاف له حالان: إما بالخروج منه قبل حصول الفعل نظراً لأصل البراءة، والاحتياط من التورط في الشبهة وأخذاً بالقدر المتعين من مفاد الحكم الثابت. وإما برعايته بعد الحصول التفاتاً إلى المصلحة واعتباراً للمآل الذي يتقوى حياله دليل المخالف ومثال مراعاة الخلاف بعد الوقوع: أمضاء النكاح الفاسد- وهو النكاح المختلف فيه- بعد وقوعه حيث تعلق به حق كل من الزوجين والأولاد، فالنكاح بغير ولي مثلاً من النكاح الفاسد عند المالكية والشافعية والحنابلة ومع ذلك فإن مالكاً مع قوله بفساد النكاح دون ولي يراعى الخلاف عند نظره فيما يترتب عليه بعد الوقوع، من ضرر أقوى من مقتضى النهي عن ذلك القول لذلك فهم يصححون العقد تفريعاً على القول المرجوح ويرتبون عليه آثار العقد الصحيح [55]

ومثاله عند الحنفية أن أبا يوسف صلى بالناس الجمعة يوماً مغتسلاً من الحمام، فلما تفرقوا، أخبر بوجود فأرة ميته في بئر الحمام فقال: نأخذ بقول اخواننا من أهل المدينة: إذا بلغ الماء القلتين لم يحمل خبثاً [56].

وفي مراعاة الخلاف بصورتيه مراعاة لمبدأ النظر في المآلات واتكاء عليه فقاعدة الخروج من الخلاف قبل حصول الفعل وضعت للتحرز من الوقوع في مآل ممنوع احتياطاً واستبراءاً للدين، وذلك خوف الوقوع في المحظور في رأي المخالف المحتمل للصحة والصواب.

ومراعاة الخلاف بعد حصول الفعل فيه تقليل لمفسدة المخالفة التي استثنيت من القاعدة العامة نظراً للواقع الجديد والظرف الطارئ [57]

(55) د. السنوسي: عبد الرحمن معمر مراعاة الخلاف ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2000م، ص 68.
(56) الدهلوي: ولي الله احمد الدهلوي، الانصاف في بيان اسباب الخلاف، ط3، دار النفائس، 1983، ص 110.
(57) الذهب، حسين بن سالم بن عبد الله، مآلات الأفعال وأثرها في تغيير الأحكام، ص 113، رسالة ماجستير في كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 1994.

قائمة المراجع:

1- البخاري: محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1990م.

2- البيهقي: أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.

3- جحيش: د. بشير بن مولود، الاجتهاد التطبيقي، كتاب الامة، العدد 93، ط وزارة الأوقاف القطرية، 2003.

4- الحراني: أحمد بن حمدان الحراني، صفة الفتوى والمفتى والمستفتي، تحقيق الشيخ محمد ناصر الألباني، المكتب الإسلامي، دمشق.

5- أبو داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1999.

6- الدريني: د. محمد فتحي، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998م.

7- الدريني: د. محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998م.

8- الدهلوي: ولي الله الدهلوي، الإنصاف في بيان أسباب الخلاف، ط3، درا النفائس، 1983م.

9- الذهب: د. حسين سالم بن عبد الله، مآلات الأفعال وأثرها في تغيير الأحكام، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994م.

10- ابن رشد: محمد أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1999م.

11- الريسوني: د. أحمد وباروت: محمد جمال، الاجتهاد بين النص والمصلحة والواقع، ط1، دار الفكر، دمشق، 2006م.

12- الزرقا: مصطفى أحمد، الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية، مجمع البحوث الإسلامية الجامعة الإسلامية، إسلام أباد، عدد 4، م20، سنة 1985م.

13- الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط2، دار العلم، دمشق، سنة 2004م.

14- زيدان: د. عبد الكريم زيدان، أصول الدعوة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط9، 2000م.

15- زاده: شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف رموز الأسرار، تكملة شرح فتح القدير للابن الهمام، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.

16- ساتو: د. قطب مصطفى، أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، ط1، دار الفكر، دمشق، 2000م.

17- السنوسي: د. عبد الرحمن معمر، مراعاة الخلاف، رسالة دكتوراه، ط1، مكتبة الرشد، الرياض،

2000م.

18- الشاطبي: إبراهيم بن محمد اللخمي، الموافقات، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.

19- شاهين: د. صفاء أحمد شاهين، الضوابط المعيارية في تنزيل الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، مجلة الشريعة، بإشراف د. محمود السرطاوي، 2009م.

20- الشامسي: د. سيف سعيد مبارك الشامسي، نظرية الاجتهاد عند الإمام الشاطبي، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية.

21- عبد الوهاب: د. يعقوب عبد الوهاب المعروف بالباحسين العادة محكمة، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2003م.

22- ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، دار الجيل، بيروت.

23- ابن عبد البر: يوسف بن عبد البر النمري، جامع بيان العلم وفضله، ط1، دار ابن الجوزي، الرياض، 1994م.

24- ابن فارس، أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، ط1، درا الكتب العلمية، بيروت، 1999م.

25- القرضاوي: د. يوسف، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الصحوة، القاهرة، 1985م.

26- القرضاوي: د. يوسف، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، بحث مصور.

27- الفرضاوي: د. يوسف، الصحوة الإسلامية بين الجحود والتطرف، ط6، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998م.

28- ابن القيم: شمس الدين بن قيم الجوزيه، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت.

29-ابن القيم: شمس الدين بن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، دار الجليل، بيروت، 1998م.

30- الكيلاني: د. عبد الرحمن إبراهيم، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر، دمشق.

31- النجار: د. عبد الحميد، خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، ط3، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، 2005م.

الفصل الرابع عشر

حوكمة هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية

- المبحث الأول: في تعريف الحوكمة والعوامل التي أدّت إلى الاهتمام بالحوكمة في المؤسسات المالية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في تعريف الحوكمة.

المطلب الثاني: في العوامل التي أدّت إلى الاهتمام بالحوكمة في المؤسسات المالية.

- المبحث الثاني: المعايير التي وضعتها المؤسسات الدولية للحوكمة في المؤسسات المالية. وفيه مطلبان.

المطلب الأول: المعايير العامة للمؤسسات الإسلامية وغيرها.

المطلب الثاني: المعايير التي وضعتها المؤسسات الاسلامية الدولية.

أولاً: المبادئ والمعايير التي وضعها مجلس الخدمات المالية الإسلامية

ثانياً: المعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

- المبحث الثالث: الرأي الشرعي في مبادئ الحوكمة في المؤسسات المالية الإسلامية.

- المبحث الرابع: حوكمة هيئات الرقابة الشرعية وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختيار وتعيين هيئات الرقابة الشرعية.

المطلب الثاني: استقلالية هيئة الرقابة الشرعية.

المطلب الثالث: تعيين هيئة مركزية عليا على مستوى الدولة وعلى مستوى عالمي.

- المبحث الخامس: الهيئات الشرعية والرقابة الداخلية والخارجية.

المبحث الأول: تعريف الحوكمة والعوامل التي أدّت إلى الاهتمام بالحوكمة في المؤسسات المالية

المطلب الأول: تعريف الحوكمة

عرف بعض الخبراء الحوكمة للمؤسسات المالية بأنها:

(مجموعة القوانين والقواعد والمعايير التي تحدد العلاقة بين إدارة الشركة من ناحية والممولين وأصحاب المصالح من ناحية أخرى، بحيث يضمن الممولون حسن استغلال الإدارة لأموالهم وتنظيم ربحية وقيمة أسهم الشركة في الأجل الطويل وتحقيق الرقابة الفعالة على الإدارة).

ويمكننا أن نرجح ما ذهب إليه بعض علماء الاقتصاد في تحديد وبيان مفهوم الحوكمة بأنها: (التعليمات التي تنظم العلاقة بين أصحاب رأس المال والمودعين والمستثمرين من جهة وبين المؤسسة من جهة أخرى والتي تسمح لأصحاب المصالح بمراقبة المؤسسة وتوجهاتها قصد السير بها إلى النجاعة في تحقيق الأهداف المرسومة وباستعمال وسائل محددة).

وبناء على ما سبق فإن حوكمة هيئات الرقابة الشرعية تعني:

(النظم التي تبين علاقة الهيئة الشرعية، بالمؤسسة المالية ومن يمثلها من مجلس الإدارة، أو الهيئة العمومية للمؤسسة أو الإدارة التنفيذية لها من حيث أسس التعيين وضبط الفتوى ومدى التزام المؤسسة بالفتوى التي تصدرها الهيئة ومسؤولية الهيئة الشرعية عن سلامة تطبيق المؤسسة للفتوى والإجراءات اللازمة لسلامة التطبيق من خلال الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية.

المطلب الثاني: العوامل التي أدت إلى الاهتمام بالحوكمة في المؤسسات المالية:

يمكن إيجاز هذه العوامل في النقاط التالية:

1- أزمة الأسواق المالية في آسيا عام 1997 والتي أدت إلى انهيار العديد من الأسواق المالية في ماليزيا وفي أندونيسيا وسنغافورة والفلبين، فقد كانت بسبب أزمة الثقة بين مكونات الإدارة المالية للمؤسسات والتشريعات التي تنظم العلاقة بين المؤسسات والحكومة.

2- تصاعد قضايا الفساد في عدد من الشركات الكبرى مما أدى إلى إفلاسها.

3- الاحتكار الذي تمارسه عدد من الشركات الكبرى ذات الجنسيات المتعددة على اقتصاديات الدول في ظل نظام العولمة والذي كان من نتيجته السيطرة على الأسواق.

4- ضعف النظم القانونية في الدول الناشئة وصعوبة حل المنازعات وتنفيذ العقود.

المبحث الثاني: المعايير التي وضعتها المؤسسات الدولية للحوكمة في المؤسسات المالية:

المطلب الأول: المعايير العامة للمؤسسات الإسلامية وغيرها

وضعت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية إطاراً عاماً للحوكمة في المؤسسات المالية وقد اعتمد البنك الدولي وصندوق النقد الدولي هذه المبادئ في عام 1999م ، ثم أدخل عليها بعض التعديلات في عام 2004م وهي تقوم على أربعة مبادئ هي :

أ- العدالة .

ب- تحديد المسؤولية.

جـ- المساءلة والمحاسبة.

د- الشفافية (الصدق والأمانة) .

كما وضعت فيما بعد معايير من جهات دولية مثل معايير لجنة بازل للرقابة المصرفية العالمية ومعايير مؤسسة التمويل الدولي وتُجمع كلها على المبادئ السابقة وتتحدث عن الضوابط اللازمة لتطبيق هذه المبادئ .

المطلب الثاني: المعايير التي وضعتها المؤسسات الإسلامية الدولية للحوكمة:

وهذه المؤسسات الإسلامية هي:

1- مجلس الخدمات المالية الإسلامية – ماليزيا.

2- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية – البحرين.

3- المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية – البحرين.

4- مركز إدارة السيولة للمؤسسات المالية الإسلامية – البحرين.

5- الوكالة الإسلامية الدولية للتصنيف الائتماني – البحرين .

وسنتحدث بشكل موجز عن المبادئ والمعايير التي وضعها كل من مجلس الخدمات المالية الإسلامية بماليزيا وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية – البحرين.

أولاً: المبادئ والمعاير التي وضعها مجلس الخدمات المالية الإسلامية:

تبنى مجلس الخدمات المالية الإسلامية مبادئ الحوكمة الصادرة عن كل من منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)ووثيقة لجنة بازل حول تعزيز الحوكمة في المنظمات المصرفية وبنى عليها مجموعة من المبادئ التي يجب أن تلتزم بها إدارات المؤسسات المالية الإسلامية

وأصدر معياراً للحوكمة في سنة 2006م تحت مسمى (المبادئ الإرشادية لضوابط إدارة المؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية) .

ويجب على المؤسسات المالية الإسلامية الالتزام بهذه المبادئ وأن تؤكد التزامها به وعند عدم الالتزام بأي من هذه المبادئ يجب عليها أن تعطي تفسيراً واضحاً لأصحاب المصالح عن سبب عدم الالتزام.

ويمكن إجمال هذه المبادئ فيما يأتي:

المبدأ الأول:

يجب على المؤسسات أن تضع إطاراً لسياسية ضوابط الإدارة (مجلس الإدارة، واللجان المنبثقة عنه، الإدارة التنفيذية، هيئة الرقابة الشرعية، مراجعي الحسابات الداخلية والخارجية).

وأن تلتزم المؤسسات بالضوابط والمعايير التي وضعتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ولجنة بازل للإشراف المصرفي وأن تلتزم بالتعاميم من السلطات الإشرافيه (مثل البنك المركزي) وأن تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها .

المبدأ الثاني:

يجب أن تعد المؤسسات تقارير مالية وغير مالية بحيث تستوفي هذه التقارير ما تنص عليه المعايير المحاسبية المتعارف عليها دولياً وأن تكون مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، وأن تعتمدها السلطات الإشرافية في الدولة المعنية.

المبدأ الثالث:

يجب على المؤسسات أن تضع الوسائل الكافية لضمان المحافظة على حقوق أصحاب حسابات الاستثمار والاعتراف بحقهم في متابعة أداء استثماراتهم والمخاطر ذات العلاقة بها .

المبدأ الرابع:

يجب على المؤسسات اعتماد استراتيجية استثمار سليمة تتلاءم مع المخاطر والعوائد المتوقعة لأصحاب حسابات الاستثمار.

المبدأ الخامس:

يجب على المؤسسات أن تضع آلية مناسبة للحصول على الأحكام الشرعية من المختصين بها والالتزام بتطبيق الفتاوى في جميع منتجاتها، وكذلك الالتزام بضوابط الرقابة الشرعية لتأكيد الالتزام بالفتاوى وأن يحصل المراجعون في الرقابة الداخلية الشرعية على التدريب اللازم والمناسب لتحسين مهاراتهم من حيث مدى الالتزام بالشريعة، ونصت على أن تنوع الآراء الشرعية من الخصائص الدائمة لقطاع الخدمات المالية الإسلامية.

المبدأ السادس:

بالإضافة إلى وجوب التزام المؤسسات المالية الإسلامية بأحكام الشريعة ومبادئها فإنه يجب عليها أن تتيح للجمهور الاطلاع على هذه الأحكام والمبادئ، ويجب أن تعتمد المؤسسات في ذلك مبدأ الشفافية وأن تلتزم بقرارات الهيئة الشرعية المركزية أو الإفصاح عن سبب عدم الالتزام.

المبدأ السابع:

يجب على المؤسسات الإسلامية أن توفر المعلومات الجوهرية والأساسية المتعلقة بحسابات الاستثمار لأصحاب العلاقة وللجمهور بالقدر الكافي وفي الوقت المناسب، ويجب عليها أن تبين طرق حساب الأرباح واستراتيجيات الاستثمار وآليات دعم الفوائد وبيان أسس توزيع الأرباح قبل فتح حساب الاستثمار والإعلان عن حصة كل من المؤسسة وأصحاب حسابات الاستثمار في الأرباح حسب مقتضيات عقد المضاربة.

ثانياً: المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية:

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية منظمة دولية مستقلة تأسست عام 1991م أصدرت عدداً من المعايير المحاسبية والأخلاقية والشرعية ومعايير للمراجعة والضبط.

المبحث الثالث: الرأي الشرعي في مبادئ الحوكمة في المؤسسات المالية الإسلامية:

إن وجوب الوفاء بالعقود من الأمور المقررة شرعاً قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) كما أن تحقيق العدالة بين أطراف التعامل يعتبر غاية من غايات التشريع قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله) .

كما أن مبدأ المحاسبة والمسؤولية من المبادئ المقررة شرعاً وحديث ابن اللتبية أوضح دليل على ذلك وفي الحديث ايضاً : (كلكم راعٍ وكلكم مسؤول) وقد أرسى عمر بن الخطاب بناء على هذه الأحكام مبدأ (من أين لك هذا) كما أن مبدأ الشفافية الذي يعني الصدق والامانة في القول والعمل من القيم العليا في الإسلام وكذلك في مبدأ التخطيط ووضع الاستراتيجيات وإتقان العمل من صميم القواعد الإسلامية والمبادئ الكبرى فيه ولا يتسع المقام لسرد الكثير من الأدلة على ذلك ويكفي أن هذه المبادئ هي من المعلوم من الدين بالضرورة وأن الإجماع منعقد عليها ولا تخرج مبادئ الحوكمة العامة التي أشرنا إليها عن هذه المعاني.

بعد هذا البيان الموجز عن حوكمة المؤسسات المالية الإسلامية نستعرض موضوع الحوكمة لهيئات الرقابة الشرعية.

المبحث الرابع: حوكمة هيئات الرقابة الشرعية

المطلب الأول: اختيار وتعيين هيئات الرقابة الشرعية:

أ- يشترط في عضو الهيئة أن يكون ذا ملكة فقهية متمكناً من فهم كلام المجتهدين قادراً على التخريج الفقهي أو الاستنباط في القضايا المستجدة، وأن يكون متصفاً بالفطانة واليقظة والعلم بأحوال الناس وأعرافهم والتنبه لحيلهم في التزوير، وتعرف هذه الأهلية بالاستفاضة أو بالقرائن بأن يكون متخصصاً في دراسة المعاملات المالية المعاصرة وكتب أبحاثاً أو كتباً محكمة فيها كما ينبغي أن يتصف العضو بالتقوى.

ب- يجب أن يتم تعيين أعضاء الهيئة من قبل الجمعية العمومية للمساهمين بناء على ترشيح من مجلس الإدارة شريطة أن تتوافر فيهم الشروط السابقة وهذا ما نصت عليه المعايير الشرعية في رقم (1) من معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية ولا أرى أن يتم التعيين من قبل الدولة أو البنك المركزي .

جـ- يجب أن لا يقل عدد أعضاء الهيئة عن ثلاثة أعضاء وأن يكون قرار الهيئة بالإجماع أو الأغلبية.

المطلب الثاني: استقلالية هيئة الرقابة الشرعية:

ويقصد بها مدى قدرة الهيئة الشرعية للمؤسسة على إصدار الفتاوى والأحكام الشرعية وفق ما تقتضيه ضوابط الاجتهاد وشروط الإفتاء دون أن يكون هناك مؤثرات على أعضائها تولد تهمة التبعية أو المحاباة.

ومن أهم ضمانات الاستقلالية:

أ- إدراك أعضاء الهيئة لمسؤولياتهم باعتبارهم الموقعين عن رب العالمين وأنهم مسؤولون أمام الله تعالى أولاً.

ب- لا يجوز عزل عضو الهيئة إلا إذا صدر قرار معلل من إدارة مجلس الإدارة بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس الإدارة على أن يقترن هذا القرار بموافقة الهيئة العامة لمساهمي البنك وهذا ما نص عليه قانون البنك المركزي الأردني في الفقرة (ج) من المادة (58)

وهذا يعني أن الهيئة لا تتبع مجلس الإدارة وإنما تكون تبعيتها للجمعية العمومية (الهيئة

العامة للمساهمين) وقد نص معيار الضبط للمؤسسات المالية على أنه لا يتم الاستغناء عن خدمات عضو الهيئة بموجب توصية مجلس الإدارة إذا لم يعتمدها المساهمون في اجتماع الجمعية العمومية .

جـ- ترفع الهيئة تقاريرها وما تبديه من ملاحظات عن مدى التزام المؤسسة المالية بالضوابط الشرعية إلى الجمعية العمومية مباشرة دون الرجوع لمجلس الإدارة.

د- لا يجوز أن يكون عضو الهيئة مساهماً في المؤسسة ولا أن يكون موظفاً فيها وقد نص مجمع الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز أن يكون العضو مديراً تنفيذياً في المؤسسة أو موظفاً فيها أو يقدم إليها أعمالاً خلافاً لعمله في الهيئة.

هـ- تحدد مكافآت هيئات الرقابة الشرعية من قبل الهيئة العامة للمؤسسة.

وقد نص مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم19/3/177 على أنه (يجب أن تكون هيئة الرقابة الشرعية مستقلة ولتحقيق ذلك يراعى ما يأتي : يكون تعيين أعضاء الهيئات الشرعية وإعفاؤهم وتحديد مكافآتهم من قبل الجمعية العمومية للمؤسسة وتتم المصادقة على ذلك من الرقابة الشرعية المركزية أو ما يقوم مقامها) .

المطلب الثالث: تعيين هيئة مركزية عليا على مستوى الدولة أو على مستوى عالمي:

يرى بعض الباحثين أن تعيين هيئات الرقابة الشرعية على مستوى كل مؤسسة يؤدي إلى:

أ- تعدد المرجعيات الشرعية للمؤسسات المالية، وهذا يضع عبأ على جهات التدقيق الخارجي الشرعي والمالي، لأنها تكون مكلفة بإعداد برامج وخطط للتدقيق في ضوء المرجعية الشرعية لكل مؤسسة خاضعة للتدقيق .

ب- أن تعدد الهيئات الشرعية يؤدي إلى تضارب الفتاوى بين الهيئات على مستوى المؤسسات بالنسبة للمنتج الواحد حيث يكون جائزاً في مؤسسة وممنوعاً في أخرى.

جـ - إن تعدد الهيئات الشرعية أدى إلى وجود بيئة تنافسية استخدمت فيها الفتوى كعنصر أساسي في المنافسة حيث تجيز بعض الفتاوى معاملة أو منتجاً وتمنعه فتوى أخرى.

ونتج عن هذا أن المؤسسات تعمل على اختيار أعضاء هيئة الفتوى الذين يتساهلون في الفتوى من خلال إجازتهم بعض الحيل الشرعية والتراكيب في العقود وصولاً إلى الجواز مع أنها في الحقيقة والواقع لا ينسجم مع المقاصد الشرعية في عقود المعاوضات والمنتجات الإسلامية وتلغى بذلك تميز المنتجات الإسلامية عن المنتجات المحرمة. وتوجد أمثلة واقعية تعزز المبررات السابقة.

د- إن تعدد هيئات الرقابة الشرعية يؤدي إلى تعريض سرية المؤسسات الإسلامية إلى خطر إفشاء هذه الخصوصية لكل هذا فإن بعض الباحثين يرى وجوب وجود هيئة شرعية مركزية على مستوى الدولة أو مستوى الدول بحيث تكون عالمية.

ومع أن هذه المبررات لها قدر من المصداقية والواقعية الأمر الذي يجعلني أرجح هذا الرأي، بشروط خاصة من أهمها :

1- أن يكون اختيار هذه الهيئة من قبل الهيئات الشرعية في المؤسسات الإسلامية ويمثل كل دولة من الدول التي لديها مؤسسات إسلامية مالية تلتزم بالمعايير الشرعية عضواً واحداً. إن كانت على مستوى الدول، وأن تمثل المؤسسات بنسبة لا تقل عن 50% من أعضاء الهيئتين إن كانت الهيئة على مستوى الدولة.

2- أن تكون لدى هذا العضو خبرة لا تقل عن خمس سنوات في المصرفية الإسلامية أو هيئات الرقابة الشرعية على مستوى المؤسسة.

3- أن تكون لديه أبحاث أو مؤلفات في المعاملات الإسلامية المعاصرة.

4- أن يكون معروفاً بالنزاهة والحيطة والفطنة والتقوى.

5- أن لا يكون موظفاً في أي من المؤسسات المالية ولا عضواً في أي هيئة شرعية لأي مؤسسة.

6- أن لا يكون مساهماً في أي مؤسسة مالية وأن لا تكون له مصالح خاصة لدى أي مؤسسة مالية.

ولا بد أن نشير إلى الدور الكبير الذي يضطلع به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي فيما يصدر عن هذه المجامع من أحكام فقهية ومعايير جامعة يجب الالتزام بها كما أن هيئة المحاسبة والمعايير الشرعية قد قامت بعمل مشكور بوضعها عدداً من المعايير الشرعية والتي ينبغي على الهيئات الشرعية أن تلتزم بها وقد عملت بعض البلاد الإسلامية على إنشاء هيئة مركزية عليا على مستوى الدولة ومن هذه الدول السودان حيث أنشأت الهيئة العليا للرقابة الشرعية بقرار وزاري رقم 184/ سنة 1992، وتتبع البنك المركزي السوداني ونصت المادة (6) من القانون الاتحادي الإماراتي لسنة 1985 على إنشاء هيئة شرعية عليا تضم عناصر شرعية وقانونية ومصرفية تتولى الرقابة العليا على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية للتحقق من مشروعية

معاملاتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولإبداء الرأي فيما يعرض على هذه الجهات من مسائل أثناء ممارساتها لنشاطها ويكون رأي الهيئة ملزماً للجهات المذكورة.

ولا شك أن إنشاء هيئة شرعية مركزية على مستوى الدولة يعتبر خطوة رائدة لتوحيد الفتاوى الشرعية الخاصة بالمنتجات الإسلامية ولكن بشروط منها :

أ- أن يتم التعيين على مستوى الجمعية العمومية لكل مؤسسة بحيث تنسب تعيين عضو واحد. ولا يقل عدد الأعضاء الممثلين للمؤسسات المالية عن 50% من أعضاء الهيئة المركزية.

ب- أن يكون لدى العضو خبرة لا تقل عن خمس سنوات في العمل في هيئات الرقابة الشرعية أو العمل المصرفي.

جـ- أن تكون لديه أبحاث ودراسات في خصوص المعاملات الإسلامية المعاصرة .

د- أن لا يكون عضواً في أي هيئة من هيئات الرقابة الشرعية. إن كان العضو من غير ممثلي المؤسسات المالية.

هـ- أن لا يكون مساهماً أو موظفاً أو له أي مصلحة مالية في أي من المؤسسات الإسلامية على مستوى الدولة.

و- أن يكون معروفاً بالتقوى والنزاهة والفطنة والذكاء.

ز- يتم التعيين بقرار من البنك المركزي للدولة.

وفي هذا المقام أود أن أشير إلى أن ما يراه بعض الباحثين من الدعوة إلى إلغاء الهيئات الشرعية على مستوى كل مؤسسة لا يحقق المصلحة العامة لهذه المؤسسات من ناحية أن عمر أقدم هذه المؤسسات لا يتجاوز (37) عاماً فلم تتكون لدى العاملين فيها الخبرات الكافية في المعاملات الإسلامية كما أن المعايير الشرعية لم تستكمل بعد، وما وضع منها قد يكون في حاجة للمراجعة في بعض بنوده وهذا ما تقوم به هيئة المحاسبة والمعايير الشرعية بالفعل كما أن هيئات الرقابة الشرعية ترفد هيئة المعايير وغيرها بالكثير من الآراء فما وصلت هيئة المحاسبة والمعايير الشرعية إلى ما وصلت إليه إلا بالدراسات البحثية التي يقدمها أهل الاختصاص من علماء الشريعة وعلماء الاقتصاد وخبراء المصارف الإسلامية والقانونيين، فإغلاق الباب من الآن بإلغاء الهيئات الشرعية الفرعية سيؤدي إلى تجفيف هذه المنابع التي تغذيها بالفكر والرأي.

ويحضرني في هذا المجال رأي الإمام مالك رحمه الله عندما أراد الخليفة المنصور أن يلزم قضاة المسلمين العمل بما في الموطأ فرفض الإمام مالك لأنه رأى أنه لم يجمع في الموطأ جميع ما ورد من أحاديث وأقضية عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن صحابته الكرام فبقي اجتهاد القضاة وبحثهم عن الأدلة والأقضية التي تمت في زمن الخلفاء الراشدين معيناً يثري الفقه والقضاء في الإسلام، ولو تم الالتزام بما في الموطأ لما بحث أحدهم عن ضالته عن الرواة أو في بطون الكتب.

أقول لازالت المؤسسات المالية في بداية الطريق وتحتاج إلى مزيد من الوقت حتى تستقر المعايير الموحدة والتي يجب الالتزام بها، أضف لهذا أن فقه المعاملات هو فقه متجدد حسب تطور المعاملات في الواقع فتحتاج كل قضية إلى رأي واجتهاد وربط هذا بلجنة مركزية عليا في الوقت الحاضر ولو على مستوى الدولة- سيؤدي إلى عدم مواكبة المؤسسات المصرفية التطورات المتسارعة، وسيؤدي هذا إلى عدم قدرة المصارف الإسلامية على المنافسة في سوق تستحوذ فيه المصرفية غير الملتزمة بأحكام الشريعة النصيب الأكبر.

كما أن موضوع الرقابة يمكن تحقيقه إذا التزمت الهيئات بالمعايير الشرعية، والمحافظة على سرية المؤسسات يمكن تحقيقه من خلال تحديد عدد الهيئات التي يمكن للشخص الواحد أن يكون عضواً فيها على مستوى الدولة.

المبحث الخامس: الهيئات الشرعية والرقابة الداخلية والخارجية:

إن وجود هيئات رقابية شرعية داخلية وخارجية أمر ضروري للتأكد من التزام المؤسسة المالية بالمعايير الشرعية، والرقابة الشرعية تقوم بدور يختلف عن الدور الذي تقوم به الهيئة الشرعية، حيث تعتبر الهيئة الشرعية جهة تشريعية بإصدار الفتوى أما الرقابة الداخلية فهي الجهة التي تتأكد من تنفيذ قرارات وفتاوى الهيئة وأما الرقابة الخارجية فهي تعمل أيضاً على التأكد من الالتزام بالمعايير أيضاً.

ويجب أن تكون الرقابة الداخلية مستقلة عن الإدارة التنفيذية للمؤسسة وتتبع للهيئة الشرعية وهي تقوم بدور آخر وهو إرشاد الموظفين بآليات تنفيذ الفتاوى وتفسير غير الواضح منها لهم.

و أما الرقابة الخارجية فقد أوجز الدكتور عبد الستار أبو غدة أهميتها في النقاط التالية :

1- أنها تتمتع بخبرات لا تتوافر في إدارات التدقيق الشرعي الداخلي (الرقابة الداخلية).

2- إن عملها جماعي من خلال الجهاز الذي يشتمل على الرقابة الشرعية الخارجية ولا شك أن العمل الجماعي أكثر ضبطاً وإحكاماً من العمل الفردي.

3- للرقابة الخارجية ممارسة نمطية نموذجية تحقق القدر الرفيع من المزاولة للمهام بسبب تنوع مشاركاتها وتداولها لتطبيقات مختلفة فتستطيع أن تقدم أرقى ما وقفت عليه من تلك المعالجات.

وأضاف الدكتور علي أحمد عبد الله لما تقدم أنها تقلل من الآثار السلبية للاختلافات الكبيرة بين الهيئات الشرعية لكل مؤسسة أو إزالتها وذلك بالوصول إلى صيغ موحدة ومرنة وعملية كما تعمل على تحقيق العدالة والمساواة وذلك من خلال العمل على توحيد المعايير التي تستخدمها في ضبط معاملات هذه المصارف.

وقد تم تأسيس عدد من الجهات الإشرافية والرقابية الخارجية لتحقيق المهام السابقة ومن هذه الهيئات على المستوى العالمي.

- الهيئة العليا للرقابة الشرعية لاتحاد البنوك الإسلامية والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
- وعلى مستوى القطر أو الدولة تم إنشاء عدد من المؤسسات الإشرافية منها :
- الهيئة الاستشارية للبنك المركزي الماليزي، والهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة، والهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية في السودان.

وقد تم أخيراً إنشاء هيئة للتصنيف والرقابة الشرعية قبل ثلاث سنوات تقريباً بمبادرة كريمة من سعادة الشيخ صالح كامل وأبدى اهتماماً كبيراً بها، وقد قدمت عملاً مشكوراً إلا أنها توقفت عن العمل لاعتبارات لا علم لي بها.



الفصل الخامس عشر
علاقة البنوك المركزية بالمصارف الإسلامية

تمهيد: نشاة البنوك الاسلامية

- المبحث الأول : في تعريف البنك المركزي ووظائفه. وفيه مطلبان

  المطلب الأول: في تعريف البنك المركزي.

  المطلب الثاني في وظائف البنك المركزي.

- المبحث الثاني: في تعريف المصرف الإسلامي وأعماله. وفيه مطلبان:

  المطلب الأول: في تعريف المصرف الإسلامي.

  المطلب الثاني: في أعمال الصرف الإسلامي.

- المبحث الثالث: في أدوات وسياسات البنك المركزي في إدارة السياسة النقدية.
- المبحث الرابع: في علاقة البنك المركزي بالمصارف الإسلامية.
- المبحث الخامس: في المقرض الأخير والصيغ البديلة المقترحة.

الخاتمة: النتائج والتوصيات

تمهيد: نشأة البنوك الاسلامية

شهدت العقود الماضية نهضة فقهية واكبت التطورات الاجتماعية في مناهجها المتعددة الاقتصادية والإدارية والتربوية والسياسية والتشريعية والتي جاءت استجابة للروح المتنامية في ضمير الأمة ووجدانها بضرورة الجمع بين الأصالة والمعاصرة، لأنه السبيل الوحيد للحفاظ على الشخصية الإسلامية القادرة على إيجاد الحلول لكل المعضلات التي تعيشها الأمة العربية والإسلامية وكان للمجامع الفقهية والمراكز البحثية والجامعات دور فاعل في تحقيق هذه النهضة الفقهية.

ولما كان المال عصب الحياة وركيزة أساسية لمناشطها كان من الضروري أن تكون أساليب استثماره وتنميته بعيدة عن الربا ولا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وبفضل جهود المخلصين من علماء الاقتصاد والشريعة الإسلامية ورجال الأعمال بدأت تجربة المصارف الإسلامية لتحقيق هذا الغرض.

كانت البداية سنة 1963حيث أنشئ في مصر بقرية ميت غمر بنك الادخار وقام بفتح حسابات توفير تحت الطلب، وحسابات استثمار سنوية وحسابات الخدمة الاجتماعية مثل الزكاة والهدايا الخيرية[1] ولم يكتب لهذه التجربة النجاح مما حدا بالبنك المركزي المصري والبنك الأهلي المصري أن يضعا أيديهما عليه في سنة 1986م[2].

ثم أنشئ بنك ناصر الاجتماعي (أسس 1971م) وهو هيئة عامة (مصرف حكومي) يهدف إلى توسيع قاعدة التكافل الاجتماعي بين المواطنين وتشجيع الادخار وتوفير العمل وفتح القروض بدون فوائد، والاستثمار وفقاً لنظام المشاركة وتقديم المعونات.

وفي سنة 1974م أسس البنك الإسلامي للتنمية بجدة وهو مؤسسة دولية مستقلة تهدف لدعم التنمية الاقتصادية لشعوب الدول والمجتمعات الإسلامية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية - وتقديم القروض الحسنة وتمويل المشروعات على أساس المشاركة في الأرباح ... الخ.

وفي سنة 1975م أسس بنك دبي الإسلامي وكان البداية الحقيقية للعمل المصرفي الإسلامي المتكامل الخدمات وباشر أعماله في سنة 1977م، ثم توالى إنشاء البنوك الإسلامية وبيوت التمويل في البلاد الإسلامية[3].

---

(1) عبدالله بن محمد الطيار: البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص189.

(2) د. عبد السميع المصري: نظرية الإسلام الاقتصادية ص209.

(3) د. عدنان الهندي: بحث المصارف الإسلامية في علاقتها مع الجهازين المصرفي والمالي ص27، اتحاد المصارف العربية 1989م، ومحمد العمايدة: علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية رسالة ماجستير، جامعة اليرموك كلية الشريعة، 1991م ص25-27.

ونظراً لنجاح هذه البنوك فقد بدأت بعض البنوك التقليدية (الربوية) تنشئ فروعاً لها للمعاملات الإسلامية وتحولت بعض البنوك التقليدية (الربوية) إلى مصارف إسلامية بالكامل. وقد أدى هذا التطور إلى أن بدأت البنوك المركزية تعطي اهتماماً بالمصارف الإسلامية وتصدر التشريعات الخاصة بها وبالرقابة عليها، إلا أن هذه القوانين متباينة ففي بعض البلدان تأسست المصارف الإسلامية عامة كما في باكستان والسودان وتركيا، وفي بلدان أخرى تأسست المصارف الإسلامية بقوانين خاصة كما هو الحال في الأردن والكويت ودبي وقطر، كما أن بعض هذه القوانين حاولت تنظيم العلاقة بين البنوك المركزية والبنوك الإسلامية مثل الأردن والسودان...، بينما تركت بعض القوانين الباب مفتوحاً حيث لا تتدخل البنوك المركزية في شؤون الصارف الإسلامية [4].

وخلاصة القول أن العلاقة بين البنوك المركزية والمصارف الإسلامية مع التأكيد على أهميتها في الإشراف على المصارف الإسلامية لضمان حسن سير عملها والاطمئنان على أوضاعها المالية إلا أنها لا تزال غير واضحة المعالم في عدة مجالات من أبرزها المقرض الأخير والنسب المصرفية والائتمانية التي تفرضها البنوك المركزية.

وكلما وضحت هذه العلاقة وفهمت طبيعة أعمال المصارف الإسلامية من جانب الأجهزة الرقابية كلما أمكن التوصل إلى صيغ قانونية مناسبة تحكم هذه العلاقة وتنعكس بشكل إيجابي على عمل المصارف الإسلامية وعلى التنمية الاقتصادية[5].

---

(4) الأستاذ موسى شحادة مدير عام البنك الإسلامي الأردني، محاضرة في جمعية البنوك في الأردن بتاريخ 1987/4/12م عن العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنوك المركزية.

(5) المرجع السابق.

المبحث الأول: تعريف البنك المركزي ووظائفه

المطلب الأول: تعريف البنك المركزي

تعريف البنك المركزي:

لم يتفق علماء الاقتصاد على تعريف محدد للبنوك المركزية حيث كانت هناك بعض المحاولات التي استندت إلى الوظائف والمهام التي تؤديها البنوك المركزية ومن هذه المحاولات:

- البنك المركزي هو الهيئة التي تتولى إصدار البنكنوت وتضمن بوسائل شتى سلامة أسس النظام المصرفي ويوكل إليها الإشراف على السياسة الائتمانية في الدولة(6).
- البنك المركزي هو تلك الهيئة الحكومية التي تتولى العمليات المالية الرئيسية للحكومة ويستطيع عن طريق هذه العمليات المالية وبوسائل أخرى أن يؤثر على سلوك المؤسسات المالية بما يحقق الدعم للسياسة الاقتصادية للحكومة(7).
- البنك المركزي هو مؤسسة مصرفية تتولى مهمة إصدار النقد والمعاملات المصرفية للدولة وتشرف وتراقب سلوك البنوك التجارية في تنفيذ السياسة الاقتصادية في الدولة عن طريق بعض السياسات والأجهزة به(8).

المطلب الثاني: وظائف البنك المركزي:

على الرغم من اختلاف الأنظمة الاقتصادية للدول إلا أن وظائف البنوك المركزية فيها تتشابه إلى حد ما مع المحافظة على خصوصية كل نظام والظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي تحيط به. ومن هذه الوظائف التي يؤديها البنك المركزي:-

1- إصدار النقد:

ويقصد بهذه العملية الورقة النقدية من كونها ورقة عادية إلى ورقة ذات قوة شرائية وذات قوة إبراء قانونية تؤدي وظائف النقود (وسيط للتبادل، مخزن للقيمة، أداة للادخار ...)(9).

وتعتبر هذه الوظيفة من أقدم وأهم الوظائف التي يمارسها البنك المركزي ويتولى البنك المركزي عملية الإصدار النقدي بالقدر الذي يتفق وحاجة المبادلات، والسياسة العامة للدولة(10)

---

(6) د. محمد زكي شافعي – مقدمة في النقود والبنوك 1983م، ص234.

(7) د.محي الدين الغريب – اقتصادية النقود والبنوك ص65.

(8) محمد العمايدة، علاقة البنوك المركزية بالبنوك الإسلامية ص61.

(9) دائرة الأبحاث والدراسات – البنك المركزي الأردني – البنك المركزي الأردني خلال خمسة وعشرين عاماً. ص42.

(10) محمد زكي الشافعي – مقدمة في النقود والبنوك ص 268.

إسماعيل محمد هاشم، مذكرات في النقود والبنوك ص 80.

2- **بنك الحكومة ومستشارها المالي:**

حيث تحتفظ الحكومة بأرصدة حساباتها لدى البنك المركزي كما ويعمل على تقديم السلف والقروض للحكومة وتقديم النصح والمشورة لها[11].

3- **بنك البنوك:**

حيث تلتزم البنوك بإبداع جزء من رصيدها النقدي في البنك المركزي على شكل حساب جار وبإبداع نسبة من ودائعها في المصرف المركزي على شكل احتياطي نقدي، كما يتولى البنك المركزي مهمة الإشراف والرقابة على الجهاز المصرفي[12].

4- **تنفيذ السياسة النقدية للدولة:**

البنك المركزي هو المسؤول عن تنفيذ السياسة النقدية للحكومة ومن أجل تحقيق ذلك فإن البنك المركزي يستخدم أدوات مختلفة[13]، وسيتم الإشارة إلى هذه الأدوات والوسائل فيما بعد.

المبحث الثاني: تعريف المصرف الإسلامي وأعماله.

المطلب الأول: تعريف المصرف الإسلامي:

عرف قانون البنوك في الأردن في المادة(1-2) البنك الإسلامي بأنه:-

الشركة التي يرخص لها ممارسة الأعمال المصرفية بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها وأي أعمال وأنشطة أخرى وفق أحكام هذا القانون[14].

المطلب الثاني: أعمال المصرف الإسلامي:

جاء في عقد التأسيس والنظام الأساسي للبنك الإسلامي بيان للأعمال التي يمارسها وقد أجملها فيما يلي[15]:-

أولاً: الأعمال المصرفية وفق احكام الشريعة الإسلامية.

1- قبول الودائع النقدية وفتح الحسابات الجارية وحسابات الإيداع المختلفة وتأدية قيمة الشيكات المحسوبة وتقاصها، وتحصيل الأوراق التجارية، وتحويل الأموال في الداخل

(11) محمد زكي الشافعي – مقدمة في النقود والبنوك ص 178.

(12) محمد زكي الشافعي – مقدمة في النقود والبنوك ص278.

إسماعيل محمد هاشم، مذكرات في النقود والبنوك ص80؛

(13) د. محمد خليل برعي، النقود والبنوك ص 118.

(14 الجريدة الرسمية رقم 4448 الصادرة بتاريخ 200/8/1 ص 2951/الاردن.

(15) عقد التأسيس والنظام الأساس لشركة البنك العربي الإسلامي الدولي – المادة الرابعة ص 3-5.

والخارج وفتح الاعتمادات المستندية وتبليغها، وإصدار الكفالات المصرفية وخطابات الضمان وكتب الاعتماد الشخصي وبطاقات الائتمان وغير ذلك من الخدمات المصرفية.

2- التعامل بالعملات الأجنبية في البيع والشراء على أساس السعر الحاضر دون السعر الآجل، ويدخل في نطاق التعامل المسموح به حالات الإقراض المتبادل – بدون فائدة – للعملات المختلفة الجنس حسب الحاجة.

3- تقديم التسليف المحدد الأجل باعتباره خدمة مجردة عن الفائدة. أما بطريق خصم الكمبيالات التجارية قصيرة الأجل أو بطريقة الإقراض المقسط ويمتنع في جميع الأحوال أن يقدم هذه الخدمة بطريق التسليف على أساس الحساب الجاري مدين.

4- إدارة الممتلكات وغير ذلك من الموجودات القابلة للإدارة المصرفية على أساس الوكالة بالأجر.

5- القيام بدور الوصي المختار لإدارة التركات وفقاً للإدارة الفقهية المعتمدة وبالتعاون المشترك مع الجهة الدينية ذات الاختصاص.

6- القيام بدراسات الجدوى الاقتصادية لحساب المتعاملين معه وتقديم المعلومات والاستشارات لهم.

7- القيام بأي أعمال مصرفية أخرى بعد موافقة لجنة الرقابة الشرعية.

ثانياً: الخدمات الاجتماعية.

يقوم المصرف الإسلامي بدور الوكيل الأمين في مجال تنظيم الخدمات الاجتماعية الهادفة إلى توثيق أواصر الترابط والتراحم بين مختلف الجماعات والأفراد وذلك عن طريق الاهتمام بالنواحي التالية:

1- تقديم القرض الحسن للغايات الإنتاجية في مختلف المجالات للمساعدة على تمكين المستفيد من القرض أو تحسين مستوى دخله ومعيشته.

2- إنشاء وإدارة الصناديق المخصصة لمختلف الغايات الاجتماعية المشروعة.

3- أي أعمال أخرى مما يدخل في عموم الغايات التي يهدف إليها البنك.

ثالثاً: أعمال التمويل والاستثمار.

يقوم البنك بجميع أعمال التمويل والاستثمار على أساس أحكام الشريعة الإسلامية وذلك من خلال الوسائل التالية:

1- تقديم التمويل اللازم – كلياً أو جزئياً – في مختلف الأحوال والعمليات القابلة للتصفية الذاتية، ويشمل ذلك التمويل بالمضاربة والمشاركة المتناقصة. وبيع المرابحة للأمر بالشراء وغير ذلك من صور مماثلة.

2- توظيف الأموال التي يرغب أصحابها في استثمارها المشترك مع سائر الموارد المتاحة في الشركة وذلك وفق أحكام المضاربة المشتركة، ويجوز للبنك في حالات معينة أن يقوم بالتوظيف المحدد حسب الاتفاق.

3- أ) استثمار الأموال في مختلف المشاريع.

ب) يشترط أن لا يتعدى مجموع استثمارات البنك الدائمة من أمواله الخاصة نسبة 75% من مجموع رأس المال المدفوع واحتياطاته.

المبحث الثالث: أدوات وسياسات البنك المركزي في إدارة السياسة النقدية

يستخدم البنك المركزي الأدوات والسياسات الآتية في إدارة السياسة النقدية للدولة:-

أولاً: سياسة أو عمليات السوق المفتوحة.

وتعني سياسة السوق المفتوحة شراء البنك المركزي أو بيعه للأوراق المالية الحكومية وحسب ما تمليه الظروف الاقتصادية السائدة[16].

ففي حالة الكساد يعمل البنك المركزي على بيع الأوراق المالية الحكومية للبنوك وفي حالة التضخم يعمل على شراء هذه الأوراق من السوق.

ثانياً: سعر إعادة الخصم.

ويقصد بسعر إعادة الخصم: الفائدة التي يتقاضاها البنك المركزي من البنوك التجارية مقابل إعادة خصم الأوراق المالية لديه أو على القروض التي يمنحها لها[17].

وعادة تقوم البنوك المركزية بالإعلان عن أسعار الخصم من حين لآخر حسب متطلبات الظروف وحسب النشاط الائتماني والمصرفي[18].

ويستطيع البنك المركزي أن يضبط النشاط الاقتصادي بهذه السياسة على النحو التالي:-

في حالة الكساد: يعمل على خفض سعر الخصم للبنوك التجارية مما يدفعها إلى خفض

(16) د. محمد أحمد الرزاز – محاضرات في النقود والبنوك ص 119.

(17) د. زكريا محمد نصر – التحليل النقدي ص182.

(18) د. ناظم الشمري – النقود والمصارف ص152.

سعر خصم الأوراق التجارية للعملاء، وفي حالة التضخم يعمل البنك المركزي على رفع سعر الخصم للبنوك التجارية مما يدفعها إلى رفع سعر الخصم على الأوراق التجارية للعملاء.

ثالثاً: نسبة الاحتياطي.

ويقصد بها احتفاظ البنوك التجارية بنسبة الودائع لديها في البنك المركزي تحقيقاً للسيولة والمقدرة على الوفاء بالتزامات البنوك الأخرى[19].

وتقوم هذه السياسة بعملها الرقابي على النحو التالي[20]:-

في فترات التضخم والرواج الاقتصادي يقوم البنك المركزي بزيادة نسبة الاحتياطي النقدي لتقليل قدرة البنوك التجارية على التوسع في منح الائتمان. وأما في فترات الكساد والركود الاقتصادي فيقوم البنك المركزي بتخفيض نسبة الاحتياطي لتشجيع المصارف على التوسع في منح الائتمان فيزاد بذلك منح البنوك للسلف والقروض.

رابعاً: تحديد سعر الفائدة.

وتتمثل هذه السياسة في تحديد البنك المركزي لحد أعلى لسعر الفائدة الذي يعطي للودائع، وهذا الحد يتغير زيادة وانخفاضا حسب الحاجة. فقد يرتفع سعر الفائدة نتيجة المنافسة بين البنوك على استقبال ودائع العملاء. فيلجأ البنك المركزي إلى هذه السياسة كأسلوب وأداة للرقابة[21].

ويتم عمل هذه الأداة على النحو التالي:

في حالة التضخم يعمل البنك المركزي على تخفيض الحد الأعلى لسعر الفائدة الممنوح للودائع لدى البنوك مما يؤدي إلى تقليل توليد الائتمان.

وأما في حالة الكساد فيعمل البنك المركزي على رفع الحد الأعلى لسعر الفائدة فيزداد ويتوسع الائتمان[22].

خامساً: تحديد الهامش المطلوب.

ويقصد به اشتراط البنك المركزي قيام الأفراد بتمويل جزء من مشترياتهم بالأوراق المالية والجزء الآخر بواسطة الاقتراض من البنوك التجارية[23].

(19) محمد العمايدة – علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية 94.
(20) د. ناظم الشمري – النقود والمصارف ص155.
(21) محمد العمايدة – علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية ص97.
(22) د.محمد سلطان ابو علي– محاضرات في اقتصاديات النقود والبنوك ص67.
(23) د.محمد سلطان ابوعلي– محاضرات في اقتصاديات النقود والبنوك ص67.

ويتم عمل هذه السياسة على النحو التالي:

في حالة الكساد يعمل البنك المركزي على وضع شروط ميسرة للبيع بالتقسيط، وأما في حالة التضخم فيعمل البنك المركزي على وضع قيود مشددة على شروط البيع بالتقسيط.

ويمكن أن يحقق البنك المركزي هذه السياسة من خلال الإقناع الأدبي لمعالجة الثغرات في البنوك التجارية بتغيير سلوك هذه البنوك بعدة أساليب منها:

نشر المقالات في الصحف والمجلات المتخصصة والنصح ومن خلال التفاهم بين مسؤولي البنك المركزي ونظرائهم في البنوك التجارية[24].

المبحث الرابع: علاقة البنك المركزي بالمصارف الإسلامية.

يمكن تحديد هذه العلاقة في الأمور الآتية:

الأمر الأول: الرقابة المصرفية

إن تحقيق أهداف الرقابة المصرفية يرتبط بالسياسات الاقتصادية والمالية والنقدية والاجتماعية المطبقة، كما يرتبط بالإطار القانوني الحاكم للممارسة المصرفية في كل الدولة.

وإن من مهام البنوك المركزية الرقابة على المصارف وفيما يلي نعرض لأهم الأهداف التي يقوم نظام الرقابة المصرفية عليها والموقف منها في ضوء خصائص المصارف الإسلامية:

أ- حماية أموال الودائع[25]:

إن هذا الهدف يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية وبناءاً عليه فإن المال الذي يديره البنك - سواء كان يخص المودعين أو المساهمين - يجب أن يكون محلاً للحماية والصيانة والحفظ.

وبالنظر إلى طبيعة الودائع في النظم المصرفية التقليدية فإنه يتبين أن المقصود من الحماية هو الضمان "أي رد أصول الودائع مع الفوائد" وهذا يتفق مع المصارف الإسلامية في حماية أصول الودائع الجارية فقط ومن المعلوم أن البنوك الإسلامية لا تتعامل بالفائدة لأنها ربا.

أما الأموال المقدمة بغرض الاستثمار (حسابات الاستثمار) فإنها تشارك في الربح والخسارة على أساس عقد المضاربة أو المشاركة، ومن ثم فإن هذه الأموال معرضة لحدوث نقصان في أصولها عند حدوث خسارة.

وبالنظر إلى أسباب الخسارة التي يمكن أن تحدث فنجملها فيما يلي:

---

(24) دائرة الابحاث والدراسات - البنك الأردني - البنك المركزي الأردني خلال خمسة وعشرين عاماً ص68.

(25) الغريب ناصر- الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ص 237-239

1- مخاطر الأعمال السوقية والبيئية التي لا دخل للمضارب فيها.

2- المخاطر التي تنشأ بسبب التعدي أو التقصير من قبل المصرف المضارب.

3- مخاطر سوء الإدارة من جانب المصرف المضارب كالمخاطر الناتجة عن سوء التخطيط والتنظيم والتوجيه الرقابة من قبل الإدارة، والحكم بسوء الإدارة يقتضي وجود مؤشرات عليها، وهذا يستلزم اتفاقاً بين أهل الاختصاص من الأجهزة الرقابية الشرعية والمصرفية في البنك المركزي والبنك المعني.

وهذه مهمة رئيسية للبنوك المركزية باعتبارها المسؤولة عن تحقيق الحماية لأموال الودائع، كما أنها تمتلك وسائل التحقق من المخالفات التي تقع فيها إدارات المصارف.

ب- ضبط التوسع النقدي والائتماني:

إن مقدرة المصارف التقليدية على اشتقاق الودائع والتوسع النقدي والانتمائي يعتمد على عدة عناصر هي:

- درجة سيولة الأصول.
- حجم الودائع الجارية.
- نسبة الاحتياطيات النقدية (الإلزامية والاختيارية).
- حجم ووزن الحسابات الادخارية إلى مجموع الودائع في الجهاز المصرفي.

هذا ويتفق وضع المصارف الإسلامية مع المصارف التقليدية بخصوص عدد من هذه العناصر هي:

- وجود نفس نسبة التسرب النقدي.
- وجود نفس درجة الوعي المصرفي وعادة التعامل بالشيكات.

أما فيما يتعلق بحجم ووزن الحسابات الجارية فهي تقل في المصارف الإسلامية عنها في المصارف التقليدية. أما الحسابات غير الجارية فهي تزداد في المصارف الإسلامية عنها في التقليدية.

أما بالنسبة لسيولة الأصول في المصارف التقليدية فهي أعلى منها في المصارف الإسلامية[26].

لذلك نجد أن دور المصارف الإسلامية في التوسع النقدي أقل نسبياً من دور المصارف

(26) الغريب ناصر، الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ص240-2410.

التقليدية في ظل سوق مصرفي واحد، وذلك لأن عقود المعاملات في المصارف الإسلامية تؤدي إلى التوازن بين عرض النقد وعرض السلع، لأن هذه المعاملات تمزج بين عناصر الإنتاج (الأرض، العمل، رأس المال، التنظيم) بصورة حقيقية وكلما اقتربنا في التطبيق الحقيقي لصوره العقود والمعاملات الإسلامية تلاشت مقدرة المصارف الإسلامية أو قلت على اشتقاق الودائع والتوسع النقدي.

ج- توجيه النشاط التمويلي:

إن هذا الهدف يتفق مع خصائص المصارف الإسلامية، لأنه يتفق مع المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية وترتيبها للمصالح الضرورية والحاجية والتحسينية.

وتستخدم البنوك المركزية بعض الوسائل لتحقيق هذا الهدف ومنها:

- أسعار الفائدة والخصم.
- السقوف الائتمانية النوعية.
- الهوامش النقدية لكل نوع من القروض.
- أنواع الضمانات وشروطها الاقتراضية.

وهي في مجملها قابلة للتطوير لتتلاءم مع صيغ التمويل الإسلامية عدا أسعار الفائدة والخصم التي يتم التعامل بها أصلاً في المصارف الإسلامية[27].

د- المحافظة على سلامة المراكز المالية للمصارف:

وهو هدف يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في المحافظة على الأموال وصيانتها وضرورة العمل فيها وأغلب الوسائل التي تستخدمها البنوك المركزية صالحة للتطبيق على المصارف الإسلامية، مثل التحقيق من نسبة السيولة ونسبة الاحتياطي القانوني ونسبة كفاية رأس المال.

هـ - جذب وزيادة المدخرات:

إن زيادة تدفق الودائع إلى المصارف، يؤثر في زيادة حجم الادخار القومي وبالتالي زيادة الناتج القومي، وهنا يلاحظ وجود اختلاف واضح في الصيغ والأساليب المستخدمة في تحقيق هذا الهدف ما بين المصارف الإسلامية والمصارف النقدية، حيث تعتبر أسعار الفائدة أهم هذه الأساليب في البنوك التقليدية في الوقت الذي تستخدم المصارف الإسلامية المشاركة في العائد كبديل عن سعر الفائدة[28].

(27) الغريب ناصر - الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ص 241-242.

(28) المرجع السابق ص242-243.

الأمر الثاني: الضوابط الإدارية والتنظيمية

إن إيجاد قوانين ونظم خاصة بالمصارف الإسلامية تتفق مع خصائصها أمر لا بد منه للمساهمة في تحقيق الأهداف الخاصة بالبنوك المركزية والإسلامية على حد سواء.

وتلجأ بعض البنوك المركزية إلى حظر ممارسة المصارف الإسلامية لبعض الأنشطة مثل عدم السماح لها بالتعامل بالعقار والمنقول كما هو الحال في المصارف التقليدية متجاهلة خصوصية المصارف الإسلامية وطبيعتها. كما أن بعض المصارف المركزية يطبق على المصارف الإسلامية نظام تسعير الخدمات المصرفية التي تتم على أساس سعر الفائدة وفق ما هو معمول به في المصارف التقليدية، وهذا أمر يجب إعادة النظر فيه ليتفق مع أساليب التمويل التي تقدمها المصارف الإسلامية.

وأما فيما يتعلق بإنشاء مصارف إسلامية أو فروع للقائم منها فإن معيار حاجة المناطق يعتبر مناسباً للتطبيق.

وكذلك الضوابط الخاصة بزيادة أو تخفيض رأس المعمول بها في المصارف التقليدية تعتبر مناسبة للتطبيق في المصارف الإسلامية.

وأما ما يتعلق بعمليات الاندماج بين مصرف إسلامي وآخر فعلى البنك المركزي مراعاة الضوابط الإسلامية عند إعادة تقويم الأصول للمصارف المندمجة.

وأما عند تصفية المصرف الإسلامي أو إيقاف نشاطه فإن أصحاب حسابات الاستثمار سوف يعاملون بنفس معاملة المساهمين.

الأمر الثالث: المعايير الكمية للرقابة على الائتمان

وتهدف إلى التأثير في كمية وحجم الائتمان المرغوب به.

أ- ضرورة تطبيقها على الحسابات الجارية في المصارف الإسلامية، كما هو الحال في المصارف التقليدية وذلك من أجل تحقيق هدف حماية أموال الودائع.

أما فيما يتعلق بحسابات الاستثمار العام أو المشترك أو المخصص فنرى ضرورة تخفيض نسبة الاحتياطي النقدي على هذه الحسابات وذلك لأنها تحد من مقدرة المصارف الإسلامية على الاستثمار وبالتالي من مقدرتها على التنافس مع البنوك التقليدية وذلك بسبب طبيعة العقود الإسلامية التي تحد من مقدرة المصارف الإسلامية على توليد النقود.

ب- نسبة السيولة:

يتدخل البنك المركزي في تحديد نسبة ما تحتفظ به البنوك من الأصول السائلة والتي يمكن تحويلها إلى نقد بسرعة، وقد يعمد البنك المركزي إلى إلزام البنوك بالتعامل بأوراق تجارية وإدخالها في الأصول كان يحتسب السندات الحكومية أصولاً مما يؤدي إلى تقليل حجم الائتمان بقدر ثمن هذه السندات[29].

إن هذه العلاقة لا يمكن تطبيقها على المصارف الإسلامية وذلك لأنها تقوم باستثمار أموالها بالمضاربة والمشاركة ولكون هذه الأموال لمودعين لا بد أن تدخل في الاستثمار حتى تحصل على ربح أما إذا تحددت نسبة السيولة في المصرف الإسلامي فإن ذلك يمنع المصرف الإسلامي من استثمار قسم من أموال الودائع الاستثمارية، بالإضافة إلى أن السندات الحكومية المقصودة قائمة على الربا المحرم شرعاً[30].

وإذا كان لا بد من استخدامها فإنه لا بد من إجراء بعض التعديلات على كيفية احتساب هذه النسبة بإضافة الأدوات الاستثمارية التي تتعامل المصارف الإسلامية بها مثل سندات المقارضة.

ج - أسعار الفائدة والخصم:

إن هذه الأداة تتعارض مع طبيعة المصارف الإسلامية وذلك لأنها من الربا المحرم شرعاً.

د- عمليات السوق المفتوحة:

إن هذه العمليات تتعارض مع طبيعة عمل المصارف الإسلامية وذلك لقيام السندات الحكومية على الاقتراض بسعر الفائدة.

أما إذا كانت هذه السندات تقوم على أساس المقارضة (المضاربة) أو المرابحة الجائزة شرعاً فلا بأس من استخدامها من قبل البنك المركزي.

هـ - المقرض الأخير:

إذا ما احتاجت البنوك إلى السيولة لتغطية طلب عملائها وخوفاً من بيع أسهمها وبيع الأوراق التجارية التي تمتلكها بخسارة فإنها تلجأ إلى البنك المركزي للاقتراض منه بفائدة.

وهذه العلاقة بهذا الشكل لا يمكن أن تطبق على المصارف الإسلامية لقيامها على الربا المحرم شرعاً[31].

---

(29) محمد بن بلاهي- رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص19.

(30) محمد العمايدة - علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية ص117.

و - تقديم خدمة التقاص:

يقدم البنك المركزي للمصارف التجارية خدمة التقاص من خلال غرفة المقاصة الموجودة في البنك المركزي وعلى ضوء الحركات المالية للمصرف في غرفة المقاصة يقدم البنك المركزي المشورة والإخطار للمصارف عند الضرورة[32].

وهذه العلاقة يمكن أن تطبق على المصارف الإسلامية على اعتبار أن البنك المركزي في هذه الحالة يعتبر وكيلاً بأجر بحيث يوكل بتصفية حسابات البنك ما له وما عليه من شيكات مقابل أجره[33].

ز - تحديد النسبة ما بين - رأس المال والودائع (نسبة كفاية رأس المال):

يتدخل البنك المركزي في تحديد نسبة الودائع إلى رأسمال المصرف ويهدف البنك المركزي من ذلك إلى جعل رأسمال المصرف خط حماية يمتص الخسارة قبل أن تصل لأموال المودعين فإذا ما حدثت خسارة فإنها تبدأ برأس المال قبل أن يأتي على الودائع، وإذا ما وصل المصرف التقليدي إلى هذه النسبة المحددة من قبل البنك المركزي فإنه يكون أمام خيارين هما: إما التوقف عن قبول الودائع أو رفع رأسماله[34].

ويمكن تطبيق هذه النسبة على الحسابات الجارية (الودائع الجارية) في المصارف الإسلامية أما حسابات الاستثمار (الودائع الاستثمارية) فأرى عدم تطبيق هذه النسبة عليها لأنها تحد من مقدرة المصارف الإسلامية على الاستثمار ولأن الودائع الاستثمارية تشارك في الربح والخسارة فلا تحتاج إلى خط حماية كالودائع الجارية.

ح - تحديد السقوف الاقتراضية:

يتدخل البنك المركزي في تحديد سقف أعلى لمقدار القروض المعطاة للشخص أو الجهة الواحدة أو للقطاع الاقتصادي الواحد وذلك بهدف تنويع المخاطر وتوزيعها وكذلك شمول التسهيلات الائتمانية المقدمة لأكبر عدد ممكن من القطاعات[35].

ولما كانت المصارف الإسلامية أقرب ما تكون بنوكاً للاستثمار فإن تحديد هذه السقوف يؤثر على النتائج النهائية وعلى معدلات الأرباح الموزعة على المودعين والمساهمين[36].

---

(31) محمد العمايدة - علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية ص116.
(32) احمد عبد الفتاح - العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنك المركزي ص7.
(33) محمد العمايدة - علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية ص117.
(34) د. جمال الدين عطية - البنوك الإسلامية بين الحرمة والتنظيم ص92.
(35) محمد بن بلاهي - رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية ص15.

ونقترح أن يتم إعفاء المصارف الإسلامية من هذه السقوف أسوة ببعض الدول التي تعفي الشركات الاستثمارية من هذه النسب وذلك بسبب هيكل الودائع فيها من حيث ارتفاع وزن الحسابات الجارية وكذلك المرونة التي يتيحها لها نظام التمويل بالقروض.

الأمر الرابع: معايير الرقابة النوعية على الائتمان.

أ- تحديد الهوامش النقدية للائتمان:

يتدخل البنك المركزي بالطلب من كل مصرف يفتح لديه اعتماد مستندي أو خطاب ضمان أن يغطي صاحب هذا الطلب نسبة معينة من قيمة الخطاب أو الاعتماد الكلية[37].

وهنا لابد أن تكون هذه النسب متفقة مع صيغ التمويل والعقود التي تمارسها المصارف الإسلامية فمثلاً في حالة التمويل بالمشاركة يمكن استخدام نسبة حصة الشريك، أما في حالة بيوع المرابحة للأمر بالشراء فيمكن استخدام نسبة ضمان الجدية خلال فترة التواعد، وفي حالة البيوع الآجلة يمكن استخدام نسبة مقدم الثمن[38].

ب- الضوابط المباشرة على مجالات الائتمان:

إن أغلب هذه الضوابط يمكن قبولها لدى المصارف الإسلامية حيث أنهاتعمل على تدعيم المجال الرقابي على المصارف الإسلامية أو التقليدية ومن أمثلتها حدود المساهمة في الشركات التابعة للمصرف وضوابط تمويل بعض السلع والأنشطة وضوابط تسهيلات أعضاء مجلس الإدارة.

ج- تحديد نوعية الضمانات:

إن الضمانات أحد المعايير العامة للحكم على جدارة طالب التمويل وتختلف أهداف الضمانات في المصارف الإسلامية حسب الصيغ المستخدمة، ففي صيغ المشاركات الهدف من الضمان هو مواجهة التعدي والتقصير بينما في صيغ المداينات فإن الهدف منه ضمان السداد.

وبناءاً عليه فإن على البنك المركزي أن يراعي هذه العوامل عند تحديد الشروط الاقتراضية التي يجب على المصارف الإسلامية أن تمارسها.

الأمر الخامس: أساليب المتابعة والقياس والتفتيش

يعتبر التفتيش المصرفي وسيلة البنك المركزي للتحقق من تطبيق المصارف الأعضاء للمعايير والضوابط الخاصة بالتشريعات المصرفية.

---

(36) الغريب ناصر – الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ص 246.

(37) محمد هاشم عوض – دليل العمل في البنوك الإسلامية ص 30.

ولما كان التفتيش المصرفي من بين الوسائل التي أقرتها كل التشريعات المصرفية، لذلك تمارس المصارف المركزية عملية التفتيش في إطار وكالتها عن الحكومة في تحقيق الأهداف المرجوة، وبالتالي فإنه من الصعب أن ينازع أحد في أحقية المصارف المركزية في التفتيش على المصارف الأعضاء وقد أشارت الدراسات إلى أن عملية التفتيش تعتبر من المجالات التي تثير مشكلات في العلاقة بين المصارف الإسلامية والبنوك المركزية ويرجع السبب في ذلك إلى عدم وضوح مفهوم وأساليب العمل في المصارف لدى بعض القائمين على مهمة التفتيش على المصارف الإسلامية حسب وجهة نظر المسئولين في المصارف الإسلامية بصفة عامة، لكن المسئولين في أجهزة الرقابة المصرفية لا يوافقون على ذلك، ويشيرون إلى أن المشكلة تعود إلى وجود اختلاف بين النظرية والتطبيق الفعلي في المصارف الإسلامية[39].

ويعود سبب ذلك إلى أن بعض العاملين في البنوك المركزية والمصارف الإسلامية ينقصهم الجانب الفقهي، فعدم معرفة الموظف لطبيعة عقود التمويل الإسلامية قد يحول العقد من عقد جائز شرعاً إلى عقد غير جائز شرعاً ومثال ذلك: أن يكتفي موظف البنك بتوقيع الفواتير في عقد المرابحة للأمر بالشراء دون استلام الموظف للبضاعة ومن ثم تسليمها للأمر بالشراء.

ومن الأساليب الرقابية التي يستخدمها البنك المركزي:

أ- الرقابة الميدانية (التفتيش):

يقوم البنك المركزي بالتفتيش على البنوك وذلك من خلال ما يلي:-

- تكليف موظف أو لجنة بزيارة المصرف وتفحص سجلاته وقيوده وتدقيق حساباته وذلك على شكل دوري أو مفاجئ وتنظيم تقارير عنه.
- أن تقدم المصارف الإسلامية الكشوف والسجلات الخاصة للبنك المركزي ومن هذه الكشوف[40].
- كشف البيان الشهري للموجودات والمطلوبات.
- كشف تصنيف السلف والقروض الممنوحة والحسابات الجارية.
- نموذج عن الأخطار المصرفية وإجمالي التسهيلات.

ونقترح أن ينشأ فرع خاص في البنك المركزي يتولى مهمة الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية وتصميم النماذج الخاصة بالرقابة على المصارف الإسلامية بحيث تتوافق مع طبيعتها وتراعي فيها خصائص المصارف الإسلامية.

(38) الغريب ناصر – الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ص247.

(39)الغريب ناصر – الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية.

ب- إصدار التعليمات المباشرة للمصارف:

يقوم البنك المركزي بإصدار تعليماته للمصارف بشكل عام أو لمصرف معين، وبموجب هذه التعليمات يتم تحديد النسب التي يفرضها البنك المركزي على المصارف[41].

إن هذه العلاقة لا تتعارض مع مبادئ المصارف الإسلامية إذا كانت التعليمات تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية أو كانت إرشادا أو توجيهاً.

ج- دراسة ميزانيات البنوك وتحليها:

تقدم البنوك للبنك المركزي حسابات شهرية ونصف سنوية وسنوية تتضمن الميزانية العمومية حيث يعمل على دراستها والتأكد من مطابقتها للواقع[42].

وهذا لا يتعارض مع أعمال المصارف الإسلامية ويدخل ضمن اختصاصات البنك المركزي في أداء مهمته الرقابية والإشرافية على القطاع المصرفي.

د- أساليب التصحيح:

إن أساليب التصحيح المتبعة من قبل البنك المركزي هي المرحلة المكملة للعملية الرقابية (المتابعة، القياس، تقييم الأداء) إذ لا معنى للعملية الرقابية وما ينتج عنها من كشف الانحرافات والتجاوزات دون أن يتم تصويب هذه الانحرافات والتجاوزات.

وتتدرج أساليب التصحيح من النصح والإقناع الأدبي إلى الأوامر والتعليمات ثم العقاب وأخيراً الشطب.

1- النصح والإقناع الأدبي:

تتفق آراء المسؤولين في المصارف الإسلامية مع إدارة البنوك المركزية على أهمية هذا العنصر وزيادة الاعتماد عليه وأن تكون علاقات الحوار بين البنك المركزي والمصرف الإسلامي علاقات دافئة ودائمة سعياً لتطوير العمل المصرفي الإسلامي ضمن ضوابط وأطر الشريعة الإسلامية.

2- الأوامر:

لا مانع أيضاً من استخدام هذا الأسلوب وتطبيقه على المصارف الإسلامية على أن يكون مضمون هذه الأوامر والتعليمات يتفق مع المبادئ الإسلامية الحاكمة للنظام المصرفي الإسلامي.

---

(40) محمد بن بلاهي – رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية ص21.

(41) محمد بن بلاهي – رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية ص20.

3-العقوبات:

وتتمثل هذه العقوبات فيما يلي:

- عقوبات غير مالية

ومن أمثلتها: فرض بعض القيود على التوسع الجغرافي أو التوسع في الإقراض ويمكن تطبيق هذا النوع من العقوبات على المصارف الإسلامية شريطة أن لا يكون بشكل تعسفي أو مقصود.

- عقوبات وغرامات مالية:

وتعتمد البنوك المركزية في تطبيق هذا النوع على استخدام سعر الفائدة وهذا يصطدم بشكل صريح مع مبدأ التعامل بالفائدة في المصارف الإسلامية.

ولذلك أرى أن تكون هذه العقوبات مقطوعة (أي بمبلغ محدد من المال).

وفي حال فرض هذه العقوبة بسبب سوء الإدارة من قبل المصرف الإسلامي فإنه يجب خصم قيمة هذه العقوبة من حساب المساهمين وليس من حساب أصحاب الودائع الاستثمارية.

- التدخل الإداري:

لا يوجد ما يمنع من استخدام هذا الأسلوب شريطة أن يكون لدى البنك المركزي الكوادر الإدارية المؤهلة والتي لها الدربة والخبرة الكافية بطبيعة العمل المصرفي الإسلامي، وأن يستفيد البنك المركزي كافة أساليب التصحيح الممكنة، ومن الحالات التي يجب أن يتدخل البنك المركزي فيها، حالة إصرار المصرف الإسلامي على مخالفة ضوابط وأحكام الشريعة الإسلامية وابتداع صيغاً لا تتفق مع المبادئ والقواعد الشرعية.

4- الشطب:

وهنا يجب أن يكون قانون الشطب مبرراً ولأسباب محددة موضحة وغير مبهمة في قانون الشطب، حتى لا يكون شطب المصارف تعسفياً.

الأمر السادس: تقديم خدمة التدريب والتأهيل المصرفي

تقوم البنوك المركزية بفتح معاهد خاصة بها لعقد دورات تدريبية وتعليمية لتأهيل وتدريب العاملين في الأجهزة المصرفية التابعة للبنك المركزي مما يساعد في تحسين أداء الموظفين[43].

وهذا الأمر ينبغي تشجيعه والاستمرار فيه بالتعاون مع المصارف الإسلامية والمعاهد وكليات الشريعة في الجامعات من أجل تثقيف وتدريب العاملين على أسس وقواعد العمل في

المصارف الإسلامية، الأمر الذي يساعد على تلافي الكثير من العقبات التي تواجه علاقة تلافي البنوك المركزية بالمصارف الإسلامية.

المبحث الخامس: المقرض الأخير والصيغ البديلة المقترحة

من أهم القضايا الرئيسية التي تواجهها المصارف الإسلامية في أدائها لمهامها وفي علاقتها مع البنك المركزي عدم وجود مقرض أخير يقوم بتوفير السيولة للمصارف الإسلامية عند الحاجة إليها[44].

فقد يحتاج المصرف إلى السيولة نتيجة زيادة الطلب على النقود لتهافت المواطنين على سحب أرصدتهم ولا يستطيع المصرف التجاري أن يغطي طلباتهم لنقص السيولة لديه كما أنه لا يستطيع أن يبيع ما لديه من أصول لتغطية الطلب لأنها تسبب خسارة للمصرف - لبيعها في وقت قصير - ولا يستطيع رفض طلب العميل حتى لا تسود عدم الثقة بين العميل والمصرف، فيلجأ المصرف إلى الاقتراض من البنك المركزي حتى تستقر الأحوال[45]

والبنوك المركزية ليست ملزمة بالاستجابة بحكم القوانين في أغلب الدول بإمداد المصارف بالسيولة، إلا أن مسئوليتها عن سلامة الجهاز المصرفي ككل وحماية حقوق المودعين هي التي تجعل من الاستجابة لحاجة المصارف التجارية أمراً ضرورياً وتختلف درجة الاستجابة حسب ما يقتضيه الظرف السائد فتختلف في حالات الذعر المالي الحاد المهدد للجهاز المصرفي وعن حالات العجز المؤقت[46].

ويهدف البنك المركزي من هذه الوظيفة إلى[47]:

1- تحقيق الاستقرار المصرفي والاقتصادي في البلد.

2- دعم رقابته على النشاط المصرفي والائتماني.

3- تنشيط السوق الائتمانية في الظروف الصعبة.

والمصارف الإسلامية لا تستطيع اللجوء إلى البنك المركزي والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذا الاقتراض يقوم على أسعار الفائدة والخصم، نظراً لأن هذه الأدوات تتعارض مع خصائص المصارف الإسلامية لحرمتها شرعاً فهي غير قابلة للتطبيق في المصارف الإسلامية الأمر الذي يفرض على المصارف الإسلامية الاحتفاظ بنسبة سيولة مرتفعة أو الاعتماد على تدفق مستمر من الودائع وبالتالي تفويت فرص استثمارية على المصارف الإسلامية.

(42) احمد عبد الفتاح - العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنوك المركزية ص15.

(43) احمد عبد الفتاح - العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنك المركزي ص8.

(44) د. مصطفى رشدي، النظرية والسياسة النقدية ص(212).

(45) د. محمد سلطان أبو علي- محاضرات في اقتصاديات النقود والبنوك ص(61).

(46) الغريب ناصر - الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ص(292).

ومن الأهمية بمكان أن تطرح هذه الوظيفة (المقرض الأخير) للدراسة والتحليل في محاولة لتقديم صيغ إسلامية للآليات اللازمة لأدائها.

أدوات البنك المركزي لتحقيق هذا الهدف في المصارف التقليدية:

1- سعر الخصم:

ويقصد به الفائدة التي يتقاضاها البنك المركزي من المصارف التجارية مقابل إعادة خصم الأوراق المالية لديه.

إن قيام البنك المركزي برفع هذا السعر يعني إحجام المصارف عن القيام بإعادة الخصم لديه، مما قد يؤثر على قيامها بخصم الأوراق التجارية للعملاء سواء برفع السعر أو تقييد كمية وحجم الأوراق المخصومة، الأمر الذي يؤدي إلى إنقاص الائتمان المتاح والعكس يحصل عند خفض أسعار الخصم[48].

2- سعر الفائدة ويتمثل في قيام البنك المركزي بتقديم تحويل مباشر للمصرف التجاري كقرض قصير الأجل مقابل سعر فائدة محددة وبضمان أصل من أصول المصرف التجاري وخاصة الأوراق المالية ويستطيع البنك المركزي بتحريك سعر الفائدة رفعاً أو انخفاضاً أن يؤثر في الطلب على الائتمان.

والأدوات التي يستعملها البنك المركزي (سعر الخصم وسعر الفائدة) لا يجوز للمصارف الإسلامية اللجوء إليها، وذلك لاحتوائها على الربا المحرم شرعاً، وعليه فإن الحاجة ماسة للنظر في معايير وأدوات بديلة لتحقيق وظيفة الملجأ الأخير شريطة أن لا تتعارض هذه البدائل مع المبادئ الحاكمة للمصارف الإسلامية[49].

* وفيما يلي عرض لعدد من الصيغ التي قد تساعد في أداء هذه الوظيفة:

1- تقديم التمويل على أساس عقد المضاربة

حيث يقدم البنك المركزي للمصارف الإسلامية التمويل الذي يحتاجه على أساس عقد

---

(47) د. ناظم الشمري - النقود والمصارف ص(149).

(48) الغريب ناصر - الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ص(292).

(49) الغريب ناصر - الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ص(293).

* لمزيد من المعلومات في هذا الموضوع يتم الرجوع إلى:

- جمال الدين زعنون - البنوك الإسلامية وعلاقتها بالسياسة النقدية والمصرفية - رسالة ماجستير - جامعة اليرموك - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية 1993م ص(124-130)

- الغريب ناصر - الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية - رسالة دكتوراه في إدارة الأعمال - جامعة عين شمس 1991م ص(291-299)

المضاربة، ويحصل البنك المركزي على معدل العائد الفعلي الذي يتم توزيعه عن المدة التي تم الانتفاع بالتمويل فيها.

وهنا يجب أن يراعى إتاحة التمويل للمصرف الإسلامي لمدة كافية تسمح بتشغيل المال فعلاً وهذه المدة لا تقل عن ثلاثة أشهر في أغلب المصارف الإسلامية.

2- تقديم التمويل على أساس عقد المشاركة

حيث يقوم البنك المركزي بتقديم التمويل لمشاريع معينة كما هو الحال في حسابات الاستثمار المخصص لمشروع معين، وهنا يجب إن يتم الربط بين عملية استرداد البنك المركزي لأمواله والتدفقات النقدية للمشروع.

3- إنشاء صندوق مشترك للسيولة

يمكن إنشاء صندوق مشترك للسيولة تساهم فيه المصارف الإسلامية (في كل بلد على حدة) بنسبة من أموال الحسابات غير الاستثمارية وتستخدم الحصيلة في تقديم السيولة للمصرف الإسلامي عند وجود عجز مؤقت ويتم ذلك إما على أساس القرض الحسن أو على أساس التمويل بالمضاربة أو المشاركة ووفق ضوابط وأسس ومعايير معينة يتم الاتفاق عليها.

ويدار الصندوق بواسطة البنك المركزي أو بواسطة لجنة تمثيل المصارف الإسلامية المساهمة في الصندوق.

4- تقديم التمويل كقرض حسن

أن يقدم البنك المركزي التمويل اللازم كقرض حسن عند الحاجة لمواجهة عجز السيولة ولمدة محددة وفي حال انتظام وضع السيولة أو وجود فائض مناسب يقوم المصرف الإسلامي بتقديم قرض حسن للبنك المركزي بنفس قيمة التمويل ولنفس المدة.

5- التأمين على الودائع

تأخذ بعض النظم المصرفية بهذه الوسيلة لحماية الودائع من مخاطر الخسارة التي قد تنشأ بسبب عجز المصرف عن دفع مستحقات المودعين نتيجة إفلاس المصرف أو تعرضه لمشكلة عجز في السيولة، فتنشئ هذا الغرض صناديق أو هيئات مركزية حكومية تتولى تحقيق هذا الهدف، وتعمل هذه الهيئات على توفير مساعدات مالية للمصارف المتعثرة، هذا بالإضافة إلى دورها في تصفية المصارف التي اعلن إفلاسها، وتبادر الهيئة بسداد استحقاقات المودعين وبحد أقصى لكل مودع.



وكبديل لهذه الهيئات فإنه يمكن للمصارف الإسلامية اللجوء إلى:

1-التأمين على الودائع لدى شركات التأمين الإسلامية التي تقوم على أساس التأمين التعاوني.

2- إنشاء صندوق مشترك لحماية الودائع (صندوق مخاطر الاستثمار) على أن يمارس هذا الصندوق نشاطاته وأعماله على أساس التأمين التعاوني وكما هو الحال في شركات التأمين الإسلامية بحيث يتم اللجوء إلى هذا البديل في حال غياب شركات التأمين الإسلامية.

إما عن آلية عمل التأمين على الودائع فتتمثل في التالي:

– يتم تحميل عبء التمويل (قسط التأمين) لمن يجب أن يتحمل الضمان شرعاً.

– يدفع البنك المضارب جزءاً من القسط لمواجهة احتمال الخسارة الناشئة بسبب مخاطر الأعمال السوقية والبيئية التي لا دخل للمضارب فيها.

– يتم تحديد قيمة العبء التمويلي الذي يقع على كل ظرف وفقاً للدراسات الإحصائية.

– يتم استقطاع جزء من الأرباح الناتجة عن استثمار الأموال من أجل بناء احتياطات للصندوق.

6- إنشاء صندوق مشترك للإمداد بالسيولة للمصارف الإسلامية على المستوى العربي والإسلامي

ويهدف هذا الصندوق إلى توفير السيولة بالعملات الحرة القابلة للتمويل عند صعوبة توفيرها للمصرف الإسلامي من السوق المحلي، وهذا المقترح لا يعتبر بديلاً عن المقترحات السابقة بل مكملاً لها.

الخاتمة: النتائج والتوصيات:-

1- أن هدف حماية أموال الودائع مهمة رئيسة للبنوك المركزية باعتبارها المسؤولة بموجب التشريعات والقوانين عن تحقيق الحماية لأموال الودائع ولامتلاكها وسائل التحقق من المخالفات التي تقع فيها إدارة المصارف إلا أن عليها مراعاة خصوصية وطبيعة الحسابات التي تتعامل فيها المصارف الإسلامية وذلك بالنظر إلى أسباب الخسارة التي يمكن أن تحدث في الحسابات الاستثمارية وآلية فرض العقوبة عن سوء الإدارة أو التعدي أو التقصير من قبل المصرف الإسلامي.

2- إن دور المصارف الإسلامية في التوسع النقدي أقل نسبياً من دور المصارف التقليدية في ظل سوق مصرفي واحد فعلى البنك المركزي أن يستخدم أساليب تتفق مع المصارف الإسلامية في ضبط التوسع النقدي والائتماني.

3- الأدوات المستخدمة في توجيه النشاط التمويلي هي في مجملها قابله للتطوير لتتلاءم مع صيغ التمويل الإسلامية عدا أسعار الفائدة والخصم التي لا يتم التعامل بها أصلا في المصارف الإسلامية.

4- إن هدف المحافظة على سلامة المراكز المالية للمصارف يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في المحافظة على الأموال وصيانتها وأغلب الوسائل المستخدمة من قبل البنك المركزي صالحة للتطبيق على المصارف الإسلامية.

5- لتحقيق هدف جذب وزيادة المدخرات تعتمد المصارف التقليدية على أسعار الفائدة في الوقت الذي تستخدم المصارف الإسلامية المشاركة في العائد كبديل عن سعر الفائدة.

6- إن إيجاد قوانين ونظم خاصة بالمصارف الإسلامية تتفق مع خصائصها أمر لابد منه للمساهمة في تحقيق الأهداف الخاصة بالبنوك المركزية والإسلامية على حد سواء.

7- يمكن تطبيق نسبة الاحتياطي القانوني أما ما يتعلق بحسابات الاستثمار العام أو المخصص فينبغي تخفيض هذه النسبة على هذه الحسابات.

8- إذا كان لابد من تطبيق نسبة السيولة على المصارف الإسلامية فإنه لابد من إجراء بعض التعديلات على كيفية احتساب هذه النسبة بإضافة الأدوات الاستثمارية التي تتعامل المصارف الإسلامية بها مثل سندات المقارضة.

9- إن السندات الحكومية القائمة على الاقتراض بسعر فائدة والتي يستخدمها البنك المركزي في عمليات السوق المفتوحة لا تتفق مع خصائص المصارف الإسلامية وينبغي استبدالها بسندات المقارضة أو المرابحة الجائزة شرعاً.

10- يمكن للبنك المركزي أن يقدم خدمة التقاص للمصارف الإسلامية على أساس عقد الوكالة بأجر.

11- إن تطبيق نسبة كفاية رأس المال على حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية من مقدرة المصارف الإسلامية على الاستثمار.

12- إن المصارف التقليدية أكثر قدرة على مواجهة الآثار المترتبة على تحديد السقوف الاقراضية من المصارف الإسلامية وذلك بسبب هيكل الودائع فيها من حيث ارتفاع وزن الحسابات الجارية والمرونة التي يتيحها لها نظام التمويل بالقروض.

13- عند تحديد الهوامش النقدية للائتمان من قبل البنك المركزي فينبغي أن تتفق هذه الحسابات مع صيغ التمويل والعقود التي تمارسها المصارف الإسلامية.

14- على البنك المركزي أن يراعي طبيعة الصيغ المستخدمة في التمويل الإسلامي عند تحديد الشروط الاقراضية ونوعية الضمانات التي تفرضها على المصارف الإسلامية.

15- إن إنشاء فرع خاص في البنوك المركزية يتولى مهمة الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية وتصميم النماذج الخاصة بالرقابة على المصارف الإسلامية يساعد على تلافي الكثير من العقبات التي تواجهها البنوك المركزية في أدائها لمهامها الرقابية والإشرافية في حل الكثير من العقبات التي تواجه علاقة البنوك المركزية بالمصارف الإسلامية.

16- إن إصدار التعليمات المباشرة بالمصارف الإسلامية من قبل البنك المركزي لا يتعارض مع مبادئ العمل المصرفي الإسلامي خصوصاً إذا كانت هذه التعليمات تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية أو للإرشاد أو التوجية.

17- إن دراسة ميزانيات المصارف وتحليلها من قبل البنك المركزي لا يتعارض مع أعمال المصارف الإسلامية بل أنه يدخل من ضمن اختصاصات البنك المركزي في أدائه لمهمته الرقابية على القطاع المصرفي.

18- لا يوجد ما يمنع من استخدام أساليب النصح والأوامر للتصحيح المصرفي من قبل البنك المركزي مع المصارف الإسلامية على أن تتفق هذه الأساليب مع المبادئ الإسلامية الحاكمة للنظام المصرفي الإسلامي.

19- ينبغي أن تكون العقوبات والغرامات المالية التي يفرضها البنك المركزي على المصارف الإسلامية عقوبات مقطوعة (أي مبلغ محدد من المال) وفي حال فرض هذه العقوبة بسبب سوء الإدارة من قبل المصرف الإسلامي فإنه يجب خصم قيمة هذه العقوبة من حساب المساهمين وليس من حساب أصحاب الودائع الاستثمارية.

20- لا يوجد ما يمنع من استخدام أسلوب التدخل الإداري كأحد أساليب التصحيح من قبل البنك المركزي شريطة أن يكون لدى البنك المركزي الكوادر الإدارية المؤهلة في العمل المصرفي الإسلامي.

21- من الحالات التي يجب أن يتدخل البنك المركزي في إدارة المصرف الإسلامي حالة إصرار المصرف الإسلامي على مخالفة ضوابط وأحكام الشريعة الإسلامية وابتداع صيغ لا تتفق مع المبادئ والقواعد الإسلامية.

22-يجب أن يكون قانون الشطب مبرراً ولأسباب محددة وموضحة وغير مبهمة في قانون الشطب حتى لا يكون شطب المصارف تعسفياً.

23- إن تقديم خدمة التدريب والتأهيل المصرفي على أسس وقواعد العمل في المصارف الإسلامية يساعد في تلافي الكثير من العقبات التي تواجه علاقة المصارف المركزية بالمصارف الإسلامية.

24- إن اعتماد البنك المركزي على أسعار الفائدة والخصم في أدائه لوظيفة المقرض الأخير يفرض على المصارف الإسلامية الاحتفاظ بنسبة سيولة مرتفعة أو الاعتماد على تدفق مستمر من الودائع وبالتالي تفويت فرص استثمارية على المصارف الإسلامية.

25- إن من الصيغ التي تساعد في أداء هذه الوظيفة في المصارف الإسلامية ما يلي:-

1- تقديم التمويل اللازم على أساس عقد المضاربة.

2- تقديم التمويل على أساس عقد المشاركة.

3- إنشاء صندوق مشترك للسيولة.

4- تقديم التمويل كقرض حسن.

هـ- 1) التأمين على الودائع لدى شركات التأمين الإسلامية.

2- إنشاء صندوق مشترك لحماية الودائع (صندوق مخاطر الاستثمار).

26- إنشاء صندوق مشترك لإمداد المصارف الإسلامية بالسيولة اللازمة وذلك على المستوى العربي الإسلامي.



مراجع الفصل الخامس عشر

1- أحمد عبد الفتاح- العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنك المركزي.

2- إسماعيل محمد هاشم - مذكرات في النقود والبنوك - ط1- 1976م. دار النهضة العربية / بيروت.

3- جمال الدين زعنون - البنوك الإسلامية وعلاقتها بالسياسة النقدية والمصرفية -1993- رسالة ماجستير - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة اليرموك.

4- د- جمال الدين عطية - البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم - التقليد والاجتهاد - النظرية والتطبيق - كتاب الأمة عدد (13)- ط1407/1هـ - نشر رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية - قطر.

5- دائرة الأبحاث والدراسات - البنك المركزي الأردني - البنك المركزي الأردني خلال خمسة وعشرين عاماً.

6- د. زكريا نصر - التحليل النقدي 1958- دار الكتاب العربي- القاهرة.

7- د. عبد السميع المصري -نظرية الإسلام الاقتصادية - 1972م مكتبة الأنجلو المصرية - القاهرة.

8- د. عدنان الهندي - العلاقة بالبنوك المركزي والبنوك الإسلامية - النسب المصرفية - 1989م - اتحاد المصارف العربية.

9- د. عبدالله بن محمد الطيار - البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق - 1408هـ - إصدار نادي القصيم الأدبي - ببريدة - السعودية.

10- د. عبد الرحمن هيثم كبارة - العلاقة بين البنوك المركزية والبنوك الإسلامية في السياسة النقدية والاحتياطات -1989م اتحاد المصارف العربية.

11- عقد التأسيس والنظام الأساسي لشركة البنك العربي الإسلامي الدولي.

12-- د. الغريب ناصر - الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية - منهج فكري- ودراسة ميدانية دولية مقارنة - 1991م - رسالة دكتوراه في إدارة الأعمال - كلية التجارة - جامعة عين شمس.

13- قانون البنوك رقم (28) سنة 2000م - الجريدة الرسمية رقم (4448) الصادرة بتاريخ 200/8/1م - المملكة الأردنية الهاشمية.

14- د. محمد أحمد الرزاز – محاضرات في النقود والبنوك 1983م – دار الجماحي للطباعة – الإسكندرية.

15- محمد بن بلاهي – رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق في ظل التجربة الأردنية – رسالة بحثية مقدمة كمتطلب جزئي لشهادة الدبلوم المصرفي العالي إلى المعهد العربي للدراسات المصرفية – عمان بتاريخ1990/1/20م بإشراف د. عبد العزيز السقاف والأستاذ أحمد عبد الفتاح.

16- محمد خليل برعي– النقود والبنوك.

17- د. محمد زكي الشافعي – مقدمة في النقود والبنوك – 1983م – دار النهضة العربية – القاهرة.

18- د. محمد سلطان أبو علي – محاضرات في اقتصاديات النقود والبنوك 1972م – دار الجامعات المصرية – الإسكندرية.

19- محمد العمايدة – علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية 1991م – رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي – كلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة اليرموك.

20- محمد هاشم عوض– دليل العمل في البنوك الإسلامية – ط1/ 1985م – بنك التنمية التعاوني الإسلامي – السودان.

21- د. محي الدين الغريب – اقتصاديات النقود والبنوك 1972م – دار الهنا للطباعة – مصر.

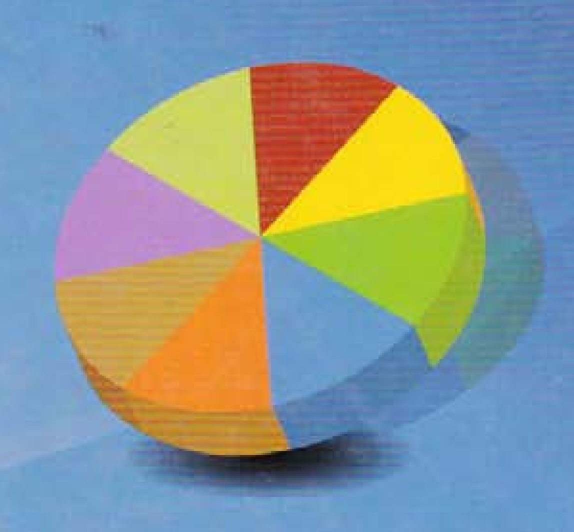
22- د. مصطفى رشدي – النظرية والسياسة النقدية 1977م ط2 – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية.

23- أ. موسى شحادة – العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنوك المركزية – محاضرة ألقيت في الأردن بتاريخ 1987/4/21م جمعية البنوك في الأردن.


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



الضوابط المعيارية
لصيغ الاستثمار في
المؤسسات المالية الإسلامية




ISBN 9789957920777
9 789957 920777

